

R.D. 135945



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



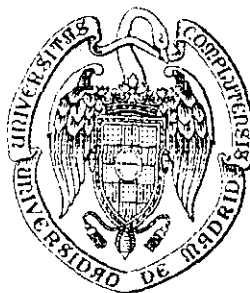
5312298337

TE
1118

OLGA MARÍA FRADEJAS RUEDA

Quiebra del cónyuge comerciante y Derecho patrimonial de la familia: La Presunción Muciana

Tesis doctoral dirigida por el
Prof. Dr. D. Rafael García Villaverde
Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad Complutense



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

1992



INDICE GENERAL

ABREVIATURAS	XX
INTRODUCCION	XXII

PRIMERA PARTE: DERECHO COMPARADO

SECCION PRIMERA:

EL DERECHO PATRIMONIAL DE LA FAMILIA DESDE LA CODIFICACION HASTA EL ULTIMO TERCIO DEL SIGLO XX

CAPITULO PRIMERO ORDENAMIENTO FRANCES

A) Del Código civil a la reforma de 1965	7
I. Introducción	7
II. Las capitulaciones matrimoniales	8
1. Contenido, extensión y límites	8
2. Forma	12
3. Publicidad	12
4. Inmutabilidad	15
III. El régimen legal: La comunidad de muebles y adquisiciones	17
1. Consideraciones generales	17
2. Conformación de las masas patrimoniales	18
2.1. Bienes comunes	18
2.2. Bienes privativos	22
3. La gestión de los bienes	23
3.1. Consideraciones generales	23
3.2. Facultades del marido sobre los bienes comunes: extensión	

y limites	25
3.3. Facultades de la mujer sobre los bienes comunes	29
3.4. Facultades y obligaciones del marido sobre los bienes privativos de la mujer	31
3.5. Facultades de la mujer sobre sus bienes privativos	34
4. Deudas a cargo de la comunidad	35
4.1. Consideraciones generales	35
4.2. Deudas de la comunidad en sí	36
4.3. Deudas del marido	38
4.4. Deudas de la mujer	39
4.5. Un supuesto especial: deudas contraídas por ambos cónyuges	40
5. Deudas privativas	41
6. La disolución del régimen	42
7. Liquidación de las deudas y protección de los acreedores	45
7.1. Derechos de los acreedores	45
7.1.1. Acreedores comunes	45
7.1.2. Acreedores personales	47
7.2. Regulación de los créditos entre cónyuges	48
IV. Modificaciones convencionales al régimen legal	49
1. Modificaciones del activo	49
1.1. Cláusulas extensivas	49
1.1.1. Cláusula de aportación de los inmuebles como muebles	49
1.1.2. Cláusula de comunidad universal	50
1.2. Cláusulas restrictivas	50
1.2.1. Cláusula de "realización" del mobiliario	50
1.2.2. Cláusula de aportación	51
2. Modificaciones del pasivo	52
2.1. Cláusulas extensivas: La comunidad universal	52
2.2. Cláusulas restrictivas	53
2.2.1. Cláusula de separación de deudas	53
2.2.2. Cláusula de aportación libre de gravámenes	54
3. Modificación del activo y del pasivo: La sociedad de gananciales	55
3.1. Consideraciones generales	55
3.2. Bienes gananciales	55

3.3. Bienes privativos	56
3.4. Afectación de los bienes	56
3.5. Prueba de las aportaciones de bienes muebles	57
V. Regímenes disociativos	58
1. Consideraciones generales	58
2. Régimen sin comunidad	59
3. Régimen de separación de bienes	60
3.1. Caracteres y efectos generales	60
3.2. Prueba de la propiedad de los bienes	61
3.3. Adición de una sociedad de gananciales	62
4. Régimen dotal	63
4.1. Generalidades	63
4.2. Bienes dotales y bienes parafernales	64
4.2.1. Bienes dotales	65
4.2.1.1. Constitución y extensión	65
4.2.1.2. Administración	65
4.2.1.3. Inalienabilidad	67
4.2.1.4. Restitución	68
4.2.2. Bienes parafernales	69
4.3. Adición de una sociedad de gananciales	70
VI. Los bienes reservados	70
1. Delimitación	70
2. Facultades de la mujer	72
3. Inexistencia de un pasivo propio	72
4. Prueba de la procedencia	73
B) La reforma legislativa de 1965	74
I. Introducción	74
II. El régimen matrimonial primario	75
1. Importancia, caracteres y objeto	75
2. La contribución de los cónyuges a los gastos de la familia	76
3. El ejercicio de la potestad doméstica	77
3.1. Las facultades individuales de actuación	77
3.2. La obligación de actuación conjunta	77
3.2.1. El consentimiento conjunto como presupuesto de la	

solidaridad de la obligación	78
3.2.2. El consentimiento conjunto como condición indispensable para la validez del acto	79
4. La autonomía conyugal	81
5. La ampliación de las facultades de los cónyuges en interés de la familia	83
6. La reducción de las facultades de los cónyuges en interés de la familia	85
7. La autonomía profesional y la libre percepción del salario	87
8. Los bienes reservados	87
III. Las capitulaciones matrimoniales	90
IV. El régimen legal: La sociedad de bienes gananciales	94
1. Introducción	94
2. Conformación de las masas patrimoniales	95
3. La gestión de los bienes	98
3.1. La gestión de los bienes gananciales	99
3.2. La gestión de los bienes privativos	102
4. La disolución del régimen	104
5. Liquidación de las deudas y protección de los acreedores	106
5.1. Derechos de los acreedores en el transcurso del régimen	106
5.2. Derechos de los acreedores tras la disolución y, especialmente, al tiempo de la partición	108
5.3. Regulación de los créditos entre los cónyuges	110
V. Los regímenes convencionales	111
1. Régimen de comunidad convencional	111
2. Régimen de separación de bienes	113
2.1. Origen y caracterización	113
2.2. La separación de bienes y deudas	114
2.3. La gestión de los bienes	115
2.4. La prueba de la propiedad de los bienes	116
3. Régimen de participación en las ganancias	118
3.1. Ideas generales	118
3.2. Funcionamiento del régimen: Aplicación del principio separatista	120

3.3. Restricciones derivadas del propio régimen	120
3.4. La extinción del régimen y el crédito de participación	121
VI. La contratación entre cónyuges	127
C) La reforma legislativa de 1985	129
I. Introducción	129
II. El régimen matrimonial primario	130
III. El régimen legal: La sociedad de bienes gananciales	131
IV. Los regímenes convencionales	134
V. La contratación entre cónyuges	136

CAPITULO SEGUNDO

ORDENAMIENTO ALEMAN

Introducción histórica	141
A) Del BGB a la Ley de equiparación	146
I. El régimen matrimonial primario	146
II. Las capitulaciones matrimoniales	149
1. Contenido, extensión y límites	149
2. Forma	150
3. Publicidad	151
III. El régimen legal: Administración y disfrute maritales	153
1. Principios fundamentales	153
2. Bienes reservados	155
3. Administración y disfrute maritales	157
3.1. Generalidades	157
3.2. El derecho de administración del marido	158
3.3. El derecho de disfrute del marido	160
3.4. Deberes del marido	161
3.5. Derechos de la mujer	162
4. Deudas de los cónyuges	165
4.1. Deudas del marido	165
4.2. Deudas de la mujer	165

4.3. Compensación de deudas entre los patrimonios aportado y reservado	167
5. La disolución del régimen	168
IV. Los regímenes convencionales	169
1. Régimen de separación de bienes	169
1.1. Origen y caracterización	169
1.2. Restricciones derivadas de normas especiales	170
2. Régimen de comunidad universal de bienes	171
2.1. Origen y caracterización	171
2.2. Las masas patrimoniales	172
2.3. Derechos de los cónyuges sobre los bienes comunes en general	174
2.4. Facultades del marido sobre los bienes comunes	174
2.5. Facultades de la mujer sobre los bienes comunes	175
2.6. Deudas de la comunidad	176
2.7. Deudas privativas	178
2.8. Compensación de deudas entre las distintas masas	178
2.9. La disolución del régimen	179
2.9.1. Causas	179
2.9.2. La liquidación	180
2.10. La comunidad continuada	181
3. Régimen de sociedad de gananciales	184
3.1. Las masas patrimoniales	184
3.2. La gestión de los bienes	184
3.3. Deudas de los cónyuges	185
3.4. La disolución del régimen	185
4. Régimen de comunidad de muebles y adquisiciones	186
4.1. Las masas patrimoniales	186
4.2. La gestión de los bienes	187
4.3. Deudas de los cónyuges	188
4.4. La disolución del régimen	188
B) La Ley de equiparación jurídica de 18 de junio de 1957	188
I. El régimen matrimonial primario	188
1. La contribución de los cónyuges a los gastos de la familia	188
2. El ejercicio de la potestad doméstica	189

3. La autonomía profesional	190
4. Las presunciones de propiedad	191
II. Las capitulaciones matrimoniales	192
III. El régimen legal: La participación en las ganancias	192
1. Ideas generales	192
2. Funcionamiento del régimen: Aplicación del principio separatista	193
3. Restricciones derivadas del propio régimen	194
3.1. La prohibición de disponer sin consentimiento de la totalidad del patrimonio	195
3.1.1. Disposición del conjunto patrimonial	196
3.1.2. Protección de los terceros de buena fe	198
3.2. La prohibición de disponer sin consentimiento del menaje familiar	198
4. La extinción del régimen y el crédito de participación	199
4.1. Extinción por fallecimiento de un cónyuge	200
4.2. Extinción por divorcio u otras causas análogas	202
4.2.1. Composición y determinación de los patrimonios inicial y final	202
4.2.2. Evaluación de los patrimonios y compensación de las ganancias	203
V. Los regímenes convencionales	205

CAPITULO TERCERO ORDENAMIENTO ITALIANO

A) Los Códigos civiles de 1865 y 1942	213
I. Introducción	213
II. El régimen matrimonial primario	213
III. Las capitulaciones matrimoniales	215
1. Contenido, extensión y límites	215
2. Forma	217
3. Publicidad	217

4. Inmutabilidad	218
IV. El régimen legal: La separación de bienes	220
1. Consideraciones generales	220
2. La gestión de los bienes	221
2.1. Administración por mandato con obligación de rendir cuentas	221
2.2. Administración por mandato sin obligación de rendir cuentas	222
2.3. Administración sin mandato pero sin oposición por escrito del otro cónyuge	224
2.4. Administración sin mandato pero con oposición por escrito del otro cónyuge	224
3. La autorización marital	225
3.1. Fundamento y condiciones de otorgamiento	225
3.2. Actos sometidos a la autorización	226
3.3. Sustitución de la autorización marital por la judicial	227
3.4. Casos en los que no es necesaria la autorización, ni marital ni judicial. Especial referencia al ejercicio del comercio	228
V. Los regímenes convencionales	229
1. Régimen dotal	229
1.1. Consideraciones generales	229
1.2. Concepto de dote	230
1.3. Objeto de la dote	231
1.4. Constitución de dote	233
1.4.1. Forma expresa	233
1.4.2. Constitución real u obligatoria	234
1.4.3. Tiempo	234
1.4.4. Garantías por evicción	235
1.5. Administración y disfrute de la dote	236
1.5.1. Derechos del marido	236
1.5.2. Obligaciones del marido	239
1.5.3. Transferencia a la mujer	240
1.6. Vinculación de los bienes dotales	241
1.6.1. Inalienabilidad	241
1.6.2. Inexpropiabilidad	243
1.6.3. Imprescriptibilidad: su abolición	244

1.7. Cambio del objeto	245
1.8. Garantías de la dote	246
1.8.1. La hipoteca legal	246
1.8.2. La separación de la dote	247
1.8.2.1. Cuestiones generales	247
1.8.2.2. Causas	249
1.8.2.3. Derechos de los acreedores del marido	249
1.8.2.4. Efectos	250
1.9. Restitución de la dote	251
1.9.1. Cuestiones generales	251
1.9.2. De la dote en especie	252
1.9.3. De la dote de cantidad	253
2. Régimen de sociedad de gananciales	254
2.1. Origen y caracterización	254
2.2. Las masas patrimoniales	255
2.3. La gestión de los bienes	256
2.3.1. Facultades del marido	256
2.3.2. Transferencia a la mujer	257
2.4. Deudas de la comunidad	258
2.5. Deudas privativas	258
2.6. Liquidación de las deudas y protección de los acreedores	259
2.7. La disolución del régimen	260
3. El patrimonio familiar	262
3.1. Concepto y constitución	262
3.1.1. Tiempo, forma y persona del constituyente	262
3.1.2. Objeto y publicidad	263
3.2. Administración	264
3.3. Inalienabilidad e inexpropiabilidad	265
3.4. Cesación del vínculo	266
B) La reforma legislativa de 1975	267
I. Introducción	267
II. El régimen matrimonial primario	268
1. Importancia, caracteres y objeto	268
2. La contribución a los gastos de la familia	269

3. Eficacia externa de la obligación de contribución	271
III. Las capitulaciones matrimoniales	272
IV. El régimen legal: La sociedad de bienes gananciales	274
1. Justificación	274
2. Las masas patrimoniales	275
2.1. Estudio en particular de la "azienda"	277
3. La gestión de los bienes	280
3.1. Cuestiones generales	280
3.2. La administración conjunta	281
3.3. Exclusión de uno de los cónyuges	283
3.4. Facultades sobre los bienes privativos	284
4. Deudas de la comunidad	284
5. Deudas privativas	286
6. La disolución del régimen	289
6.1. Examen particular de la disolución por quiebra	294
V. Los regímenes convencionales	296
1. Régimen de separación de bienes	296
2. Régimen de comunidad convencional	297
2.1. Cuestiones generales	297
2.2. Deudas comunes y privativas	298
3. El fondo patrimonial	299
3.1. Analogías y diferencias con el patrimonio familiar	299
3.2. Incidencia de la declaración de quiebra	300
VI. La empresa familiar	302
1. Concepto	302
2. Constitución y naturaleza	303
3. Derechos de los partícipes	304
4. Gestión y responsabilidad	305
5. El derecho de prelación	307
5.1. En la transferencia de la "azienda"	307
5.2. En la división hereditaria	308
6. Disolución	309

SECCION SEGUNDA:
LA CONFORMACION DE LA MASA ACTIVA
DE LA QUIEBRA Y LOS DERECHOS DEL CONYUGE
DEL QUEBRADO

CAPITULO CUARTO
ORDENAMIENTO FRANCES

A) Del Código de Comercio a las reformas de 1967	314
I. Esbozo de la evolución legislativa	314
II. La Quiebra	317
1. Declaración y efectos: Aproximación	317
2. El desapoderamiento del quebrado	318
3. La reintegración de la masa	323
3.1. Inoponibilidades de derecho	326
3.2. Inoponibilidades facultativas	331
3.3. Inoponibilidad de las inscripciones hipotecarias tardías	335
4. Derechos de la mujer del quebrado	336
4.1. Ideas generales	338
4.2. Inoponibilidad de las donaciones y liberalidades matrimoniales	339
4.3. Restricciones a la hipoteca legal	340
4.4. Reivindicación de sus bienes propios	344
B) Las incidencias de la Ley de 13 de julio de 1967 sobre el decreto de 20 de mayo de 1955	348
C) Las reformas de 1967 y 1985	351
I. Introducción	351
II. Los procedimientos concursales	352
1. Declaración y efectos: Aproximación	352
2. El desapoderamiento del deudor	353
3. La reintegración de la masa	355
3.1. Nulidades de derecho	357

3.2. Nulidades facultativas	360
4. Derechos del cónyuge del deudor	361

CAPITULO QUINTO ORDENAMIENTO ALEMAN

I. Introducción	364
II. La quiebra	365
1. Declaración y efectos: Aproximación	365
2. El desapoderamiento del quebrado	366
3. La reintegración de la masa	368
3.1. La impugnación concursal	369
3.2. La impugnación de los actos fraudulentos	371
3.3. La impugnación de los actos a título gratuito	373
3.4. Efectos de la impugnación	375
4. Derechos del cónyuge del quebrado	376
4.1. Ideas generales	376
4.2. Reivindicación de sus bienes propios	376
5. El procedimiento separado sobre el patrimonio común de la comunidad universal de bienes	383

CAPITULO SEXTO ORDENAMIENTO ITALIANO

A) Los Códigos de comercio de 1865 y 1882	387
I. Introducción	387
II. La quiebra	388
1. Declaración y efectos: Aproximación	388
2. El desapoderamiento del quebrado	389
3. La reintegración de la masa	391
3.1. Actos nulos <i>ex lege</i>	393

3.2. La revocación de los actos fraudulentos	396
4. Los derechos de la mujer del quebrado	401
4.1. Ideas generales	401
4.2. La mujer como acreedora	403
4.2.1. Créditos derivados del matrimonio	403
4.2.2. Créditos ajenos al matrimonio	405
4.3. La mujer como propietaria	406
B) La Legge fallimentare de 1942	415
I. Introducción	415
II. Los procedimientos concursales	417
1. Declaración y efectos: Aproximación	417
2. El desapoderamiento del deudor	418
3. La reintegración de la masa	420
3.1. La revocación <i>ex lege</i>	422
3.2. La revocatoria concursal	425
3.2.1. Negocios jurídicos anormales	426
3.2.2. Negocios jurídicos normales	428
3.3. Efectos de la revocación	430
4. Derechos del cónyuge del deudor	431
4.1. Ideas generales	431
4.2. Negocios a título oneroso, pagos y garantías	432
4.3. La presunción muciana	434

SEGUNDA PARTE: DERECHO ESPAÑOL

CAPITULO SEPTIMO

LINEAS BASICAS DE LOS SISTEMAS

ECONOMICO-MATRIMONIALES

I. Significado de la reforma de 1975-1981	444
II. El régimen matrimonial primario	449
1. La contribución a los gastos de la familia	450

	xiv
2. El ejercicio de la potestad doméstica	452
3. Regulación genérica del consentimiento dual	455
4. El derecho de predetracción del cónyuge supérstite	459
5. La prueba de la titularidad de los bienes	459
III. Las capitulaciones matrimoniales	462
1. Consideraciones generales	462
2. Contenido, extensión y límites	464
3. Tiempo y forma	467
4. Publicidad	469
IV. La contratación entre cónyuges	482
V. Esbozo de los sistemas regulados por el Código civil	489
1. La sociedad de gananciales: Estudio en particular de la conformación de las masas patrimoniales.	490
1.1. Principios rectores	490
1.2. Bienes gananciales y privativos: Enumeración y publicidad	493
1.3. Las presunciones de los arts. 1361 y 1441 C.C.: diferencias	500
1.4. Especialidades derivadas del ejercicio del comercio por uno de los cónyuges: La empresa, componente patrimonial de la sociedad de gananciales	504
2. La separación de bienes	508
3. La participación en las ganancias	514

CAPITULO OCTAVO
ADMINISTRACION Y DISPOSICION
DE LOS BIENES GANANCIALES

I. Principios a los que responde la regulación vigente	525
1. Precisiones terminológicas	525
2. Plasmación del principio de igualdad: la cogestión	527
3. La subsidiariedad del principio de cogestión	529
4. Asunción de la realidad: el margen de actuación individual	531
II. La ley de 13 de mayo de 1981 y los arts. 6 a 12 del Código de comercio	532
III. La gestión de los bienes gananciales	535

1. El consentimiento dual	536
2. La autorización judicial supletoria	538
3. Consecuencias de la falta de consentimiento o autorización	540
4. Actos de administración y disposición	542
5. La actuación individual	543
5.1. Facultades sobre los frutos o ganancias	546
5.2. Facultades sobre el numerario ganancial	547
5.3. Administración de bienes y administración y disposición de dinero y títulos valores	550
5.4. Ejercicio de los derechos de crédito a nombre de un solo esposo	552
5.5. Defensa de bienes y derechos comunes	553
5.6. Gastos urgentes y necesarios	554
IV. Concentración de la gestión en uno de los cónyuges	555
1. Supuestos y modos	555
2. Efectos y limitaciones	559
3. Especialidades en caso de que un cónyuge sea comerciante	561
4. Extinción	563
V. Consecuencias y sanciones derivadas de la gestión	563
1. Planteamiento	563
2. Supuestos	565
3. Efectos	567
VI. Administración de la empresa y derecho de disposición	568
1. La situación anterior a la ley de 13 de mayo de 1981	568
2. La situación actual	569
2.1. Gestión con oposición del cónyuge no comerciante	570
2.2. Gestión sin oposición del cónyuge no comerciante	575

CAPITULO NOVENO
DEUDAS CONTRAIDAS POR LOS CONYUGES:
RESPONSABILIDAD Y EJECUCION

I. Deudas contraídas por los cónyuges	578
1. Deuda y responsabilidad: adaptación del art. 1911 C.C.	578

1.1. Deudas gananciales y privativas	580
1.2. Las deudas gananciales en particular	584
1.3. Las deudas privativas, en particular las contraídas con anterioridad al matrimonio	585
1.4. Supuestos especiales	586
1.4.1. Deudas contraídas por un cónyuge en la adquisición de bienes gananciales por precio aplazado	586
1.4.2. Deudas contraídas en el ejercicio del comercio	589
1.4.2.1. Cuestiones previas	589
1.4.2.2. Bienes que como mínimo quedan sujetos a las resultas del comercio	592
1.4.2.3. Otros bienes que pueden quedar obligados	595
1.4.2.4. Oposición y revocación del consentimiento	598
II. La ejecución sobre los bienes gananciales	601
1. Deudas gananciales: La solidaridad impropia del artículo 1369 C. C.	601
2. Deudas privativas: La solución del art. 1373 C.C.	602
3. Ejecución por deudas contraídas en el ejercicio del comercio	606
III. Disolución y liquidación del régimen	608
1. Causas	608
2. Consecuencias	609
3. Operaciones liquidatorias	610
3.1. Fase de fijación	611
3.2. Fase de liquidación	612
3.2.1. Pago de deudas comunes	613
3.2.2. Pago de reintegros y reembolsos	615
3.3. Fase de división y adjudicación	616

CAPITULO DECIMO
SOMETIMIENTO DE UN CONYUGE A LOS
PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION COLECTIVA

I. Planteamiento del tema	622
II. La duplicidad de instituciones de ejecución colectiva	623

III. La Quiebra	625
1. Consideraciones generales	625
2. Efectos de la declaración de quiebra	627
2.1. Sobre el deudor	627
2.1.1. Estudio en particular del desapoderamiento	627
2.1.2. La posible disolución del régimen matrimonial del deudor	631
2.2. Sobre los acreedores	635
2.2.1. Estudio en particular de la masa de acreedores	635
2.2.2. La posible disolución del régimen matrimonial del deudor	636
3. La masa de la quiebra	637
3.1. Concepto, naturaleza y delimitación	637
3.2. Reintegración de la masa	638
3.2.1. La retroacción de la declaración de quiebra	639
3.2.2. Las acciones de impugnación de los arts. 879 a 882 del Código de comercio	645
3.2.2.1. Consideraciones generales	645
3.2.2.2. Negocios a los que afectan	649
3.2.2.2.1. Pagos anticipados (arts. 879 y 880–3º)	650
3.2.2.2.2. A título gratuito y asimilados (arts. 880–1º, 2º, 4º y 5º; 881–2º, 3º y 4º)	653
3.2.2.2.3. A título oneroso (art. 881–1º y 5º)	657
3.2.2.3. La cláusula de cierre del art. 882	659
3.3. La reducción de la masa	660
3.3.1. <i>Separatio ex iure dominii</i>	660
3.3.1.1. El derecho de separación del conyuge <i>in bonis</i>	663

CAPITULO UNDECIMO
LA PRESUNCION MUCIANA

I. Origen y evolución	670
1. Derecho Romano	670
2. Derecho Común	672
3. La Codificación	674
3.1. Líneas generales de evolución	674

3.2. El Ordenamiento español en particular	675
II. La presunción del art. 1442 del Código civil: rasgos peculiares y naturaleza jurídica	681
III. Presupuestos	685
1. Existencia de un vínculo matrimonial	685
1.1. Existencia del matrimonio al tiempo de la adquisición	685
1.2. Consecuencias de la declaración de nulidad del matrimonio	688
1.3. Regímenes económico-matrimoniales en los que es aplicable	690
2. Declaración en quiebra o concurso de uno de los cónyuges	693
2.1. Un supuesto especial: Quiebra de ambos cónyuges	694
3. Adquisición realizada por el cónyuge <i>in bonis</i>	697
3.1. Adquisición con fondos propios	697
3.2. Adquisición con fondos del quebrado	697
3.2.1. Adquisición mediando apropiación indebida de fondos del quebrado	699
3.2.2. Adquisición mediando consentimiento del quebrado	700
3.3. Adquisición del propio cónyuge	703
4. Adquisición a título oneroso	705
4.1. Bienes objeto de la adquisición	705
4.2. Pago del precio	707
4.2.1. Pago no simultáneo a la adquisición	708
4.2.2. Pago parcial o aplazado: especial referencia a la compraventa con reserva de dominio	709
4.3. Impago	711
5. Plazo	712
IV. Efectos	714
1. Planteamiento de una segunda vía interpretativa	714
1.1. Presunción de una donación del quebrado a su cónyuge	715
1.2. Presunción de que los medios empleados en la adquisición eran propiedad del quebrado	716
2. Aplicación de los mecanismos de reintegración de la masa	717
2.1. Durante el periodo de retroacción	719
2.2. Con anterioridad a dicho periodo	720
V. Enervación de la presunción	725

1. Separación judicial o de hecho de los cónyuges	726
2. Prueba de la inexistencia del hecho presunto	728
2.1. Prueba del título, no de la titularidad	728
2.2. Constancia del cualquier título adquisitivo distinto al de donación	730
2.3. Disponibilidad económica del cónyuge <i>in bonis</i>	730
3. Medios de prueba	732
3.1. Confesión extrajudicial del quebrado sobre el carácter privativo de los medios empleados en la adquisición	734
3.2. Presunciones	738
3.2.1. Presunciones legales	738
3.2.1.1. El art. 38 de la Ley Hipotecaria	739
3.2.1.2. La presunción de posesión con justo título del art. 448 del Código civil.	740
3.2.2. Presunciones judiciales	740
4. Destrucción del objeto	741
VI. Protección de terceros de buena fe	742
VII. Tratamiento procesal	743
 CONCLUSIONES	 746
BIBLIOGRAFIA	753

ABREVIATURAS

AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADC	Anuario de Derecho Civil
AC	Actualidad civil
ALC	Anteproyecto de Ley Concursal de 27-6-1983
AP	Audiencia Provincial
AT	Audiencia Territorial
BBTC	Banca, Borsa e Titoli di Credito
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
C.C	Código civil
C. com.	Código de comercio
CDE	Cahiers de Droit Européen
CE	Constitución Española de 1978
CEE	Comunidad Económica Europea
Chron.	Chronique
Cod. pro. civ.	Codice di Procedura Civile
CP	Código Penal
C. Pro. civ.	Code de Procédure Civile
D	Recueil Dalloz Sirey / Digesto / Decreto
DA	Documentación Administrativa
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Il Dir. fall.	Il Diritto Fallimentare
DJ	Documentación Jurídica
EG	Einführungsgesetz
Enc. Dir.	Enciclopedia del Diritto
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Foro it.	Il Foro Italiano
Giur. comm.	Giurisprudenza Commerciale
Giur. it.	Giurisprudenza Italiana
Giust. civ.	Giustizia Civile
GVGA	Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher
HGB	Handelsgesetzbuch
IR	Information Rapide

J.C.P.	Jurisclassseur Periodique
KO	Konkursordnung
L	Ley
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LF	Legge Fallimentare
LH	Ley Hipotecaria
LRC	Ley del Registro Civil
LSA	Ley de Sociedades Anónimas (1951 y 1989)
LSP	Ley de Suspensión de Pagos
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
Nov.	Novela
Novissimo dig. it.	Novissimo Digesto Italiano
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDGR	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDPProc.	Revista de Derecho Procesal
Rev. tr. dr. civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
Rev. tr. dr. comm.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
RGD	Revista General de Derecho
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RIE	Revista de Instituciones Europeas
Riv. dir. civ.	Rivista di Diritto Civile
Riv. dir. comm.	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni
Riv. trim di dir. e proc. civ.	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
RH	Reglamento Hipotecario
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RM	Registro Mercantil
RRC	Reglamento del Registro Civil
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ZPO	Zivilprozessordnung

INTRODUCCION

El objeto del presente trabajo es el análisis y valoración de la denominada presunción muciana concursal. Esta institución, concebida como un medio para facilitar, específicamente, la reintegración de la masa activa de la quiebra, se incardina en la compleja realidad del ejercicio del comercio por personas casadas y despliega toda su eficacia cuando el comerciante se ve inmerso en un procedimiento de ejecución colectiva.

El análisis y valoración de esta institución requiere que, como punto de partida, se proceda a un examen de la normativa reguladora de la vertiente patrimonial de la familia.

El matrimonio, comunidad de vida, implica forzosamente una cierta comunidad de intereses pecuniarios que da lugar a numerosos problemas relativos a los bienes. Ello hace necesario saber quién y en qué proporción debe sufragar los gastos efectuados para atender a las necesidades de la familia; si los bienes de los cónyuges permanecerán separados o si formarán una masa común; si un cónyuge tendrá derechos especiales sobre el patrimonio del otro o si ambos conservarán la gestión de sus bienes; si las ganancias obtenidas durante el matrimonio serán repartidas a la disolución del mismo o si quedarán como propiedad privativa de cada esposo, etc. Por otra parte, es preciso determinar los derechos de los terceros que lleguen a contratar con los cónyuges. ¿Tendrán como única garantía el patrimonio de su deudor, o podrán pretender la ejecución de sus créditos sobre el patrimonio del otro? Y, en caso afirmativo ¿en qué condiciones y en qué medida? Todas estas cuestiones, como vamos a ver, se resuelven en el marco del Derecho patrimonial de la familia.

Una vez centrado ese marco más general, hay que ponerlo en conexión con el más específico de las normas rectoras de los procedimientos concursales, en concreto con las relativas a la conformación de la masa activa de la quiebra, prestando atención a los efectos que produce la apertura del procedimiento sobre las esferas personal y patrimonial del deudor común y a los mecanismos existentes para proceder a la

reconstrucción de ese patrimonio que debe responder ante los acreedores. Y en ese contexto, simbiosis de ambos sectores normativos, es donde se ha de poner de manifiesto la posición en que se encuentran los acreedores y el consorte del deudor, es decir, si sus derechos respectivos resultan limitados por la concurrencia de estados de aquél –comerciante y casado–, así como la eficacia de la institución que se estudia.

El marco general, Derecho patrimonial de la familia y normativa específica sobre las consecuencias patrimoniales del ejercicio del comercio ejercido por personas casadas, ha sido objeto de una importante reforma legislativa. En efecto, la ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, al hilo del reconocimiento del paulatino desvanecimiento de las causas que fundamentaban las limitaciones impuestas a la mujer casada en su capacidad de obrar, retoca muy levemente las normas relativas a los regímenes económico matrimoniales y, sin embargo, al tiempo que suprime la licencia marital, modifica profundamente las normas del Código de comercio, introduciendo un conjunto de reglas específicas sobre la responsabilidad patrimonial del comerciante casado (arts. 6 a 12). Sentadas las bases de la equiparación jurídica del varón y la mujer, la ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, segunda fase de la reforma iniciada en 1975, da una nueva configuración al Derecho patrimonial de la familia.

Como consecuencia de la falta de coordinación entre los Códigos civil y de comercio, la transformación operada por la ley de 13 de mayo de 1981 va a dar lugar a un trastrocamiento del sistema resultante de la primera etapa de la reforma, ya de por sí lastrado por el mismo defecto.

La conjunción de la descoordinación normativa y de la introducción del principio de actuación de los cónyuges en pie de igualdad va a plantear numerosos problemas en el ámbito de la actuación de los comerciantes casados, pudiéndose señalar, entre otros, la viable atipicidad que conlleva el principio de la libertad de pactos capitulares; la inseguridad que genera el principio de la libre mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, con la carga añadida que genera el sistema de publicidad

previsto; la responsabilidad solidaria de los cónyuges que derivaría de la aplicación de la regla de la administración conjunta; la indeterminación del carácter ganancial o "común" de los bienes de que dispone el comerciante, intensificada por el principio de la libertad de contratación entre los cónyuges, el establecimiento de un sistema confesorio para la determinación del carácter de los bienes y la libertad concedida a los esposos para atribuir el carácter de gananciales a bienes que de suyo no lo son; y la indeterminación del carácter ganancial o privativo de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio. Cuestiones todas ellas que se someten a revisión al hilo del análisis del marco general en el que ha de jugar la *presunción muciana*.

Esta descoordinación, que se pone ampliamente de manifiesto durante la regular actividad empresarial desarrollada por una persona casada, se evidencia aún más en los momentos de crisis económica de ese empresario casado. De la mano de la profunda reforma del régimen de gananciales, el legislador perfila, configurándolo como un auténtico régimen, la separación de bienes, e introduce el régimen de participación en las ganancias. Y tratando de prevenir los abusos que, especialmente en situaciones de crisis económica, pueden derivar de la adopción de uno de los regímenes disociativos, introduce como correctivo la *presunción muciana*.

Esta introducción de un instituto concursal en sede de regímenes matrimoniales no deja de causar cierta perplejidad. Y la causa por dos razones. En primer lugar, porque se trata de una norma extravagante. Su correcta ubicación está en el Derecho concursal, que, como se sabe, está sometido a un proceso de reforma cuyo articulado recoge la *presunción muciana* (art. 264 ALC). Y, en segundo lugar, porque no se alcanza a ver qué sentido tiene la tímida introducción de una pieza que no encaja automáticamente en los mecanismos de reintegración del patrimonio del deudor, tal y como evidencia la formulación que le da el art. 1442 del Código civil: "Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro cónyuge durante el año anterior a la declaración o en el periodo a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho".

El engarce de esta nueva institución en la normativa concursal, que pasa por

el análisis de los efectos que, para el quebrado y sus acreedores, derivan de la apertura del procedimiento, así como de las acciones de reintegración de la masa, en las que la misma se inserta, va a poner de manifiesto, una vez más, la descoordinación a que venimos aludiendo. La introducción de la declaración en concurso o en quiebra de un cónyuge como causa de disolución del régimen matrimonial permite, ciertamente, fijar cuál sea el patrimonio del deudor, una vez satisfechas las obligaciones que derivan del régimen matrimonial primario pero, al mismo tiempo, viene a generar interferencias, quizá no deseadas ni buscadas, de terceras personas en las relaciones económicas internas del matrimonio.

La forma más adecuada de abordar el trabajo era la vía comparativa. En un entorno jurídico-cultural en el que la conexión comerciante-matrimonio se resuelve en el tema de la licencia marital para el ejercicio del comercio por la mujer casada, como una cuestión de *status*, en las etapas anteriores a la consagración jurídica de la equiparación del varón y la mujer, el legislador español también supera ese tema del ejercicio del comercio por la mujer casada, pero, como hemos indicado, da un paso más e introduce en el Código de comercio unas normas específicas que regulan las consecuencias patrimoniales del ejercicio del comercio por personas casadas en régimen de gananciales.

Habida cuenta de las dificultades que suscita en el tráfico la mencionada normativa especial, convenía analizar los Ordenamientos próximos a nuestro entorno jurídico, en concreto los Ordenamientos francés, alemán e italiano, y ver cómo han articulado, a lo largo del tiempo y desde la perspectiva del puro Derecho patrimonial de la familia, las cuestiones de responsabilidad y afectación patrimonial que se generan en el marco de la vida matrimonial, así como, en ese contexto, qué plus de garantía para los acreedores, con su correlativo perjuicio para la mujer (cónyuge) del quebrado, sobre la que gravitaban, además, otras normas que dificultaban la recuperación de aquellos bienes que, en razón de los preceptos rectores de los regímenes económico matrimoniales, estaban en manos del quebrado, haciéndole correr el peligro de que tales bienes pasasen a formar parte de la masa de la quiebra de su consorte, suponía la existencia de la presunción muciana; institución cuya vigencia, en los Ordenamientos que se analizan, ha sido puesta en cuestión, hasta el punto de haber sido derogada en Francia, declarada inconstitucional en Alemania, y haber suscitado una

durísima controversia doctrinal en Italia.

En consecuencia, el trabajo se divide en dos partes. Una primera dedicada al Derecho comparado, en la que, tomando como punto de arranque las Codificaciones nacionales, se procede a una subdivisión en dos secciones, en las que se examinan, respectivamente, cómo se han regulado y regulan las relaciones económicas de los cónyuges entre sí y con terceros (capítulos I, II y III), y cómo se ha conformado y conforma la masa activa de la quiebra, expediente en el que se insertan tanto la presunción muciana como aquellas otras normas que dificultan la recuperación de los bienes del cónyuge del quebrado (capítulos IV, V y VI).

Todos los Ordenamientos que se analizan tienen como dato en común el ordenar las relaciones patrimoniales de la familia respetando la voluntad de los esposos, lo que se manifiesta en el principio de la libertad de capitulaciones matrimoniales, en cuyo defecto rigen los regímenes legales previstos en cada uno de ellos.

El codificador napoleónico, recogiendo la regla tradicional de los países de derecho escrito, establece como régimen legal la "comunidad de muebles y adquisiciones", en el que el marido tiene un poder casi omnímodo, lo que se traduce en un escaso margen de actuación de la mujer, condicionado, en todo caso, a la necesaria autorización marital. El marido administra sus bienes, los comunes y los propios de la mujer, pero con la contrapartida de las garantías acordadas a la mujer, la hipoteca legal y el derecho a renunciar a la comunidad. En función del carácter de administrador único y de la confusión de patrimonios que ello origina, la garantía de los acreedores del marido resulta incrementada sobremanera. En el marco de los regímenes convencionales y disociativos, salvo en el caso de la separación de bienes, el marido sigue teniendo amplísimos poderes sobre el patrimonio de la mujer. La incapacidad a que se ve sometida la mujer se va a ir dulcificando poco a poco. Con la ley de 1907 se le otorga la libre disponibilidad de los bienes que haya obtenido con el ejercicio de una profesión separada de la del marido, las leyes de 1938 y 1942 suprimen la licencia marital y la incapacidad de la mujer. La ley de 1965 introduce un sistema de coestión en el que, sin embargo, el marido sigue siendo el administrador de la comunidad, con lo que se mantiene un régimen de responsabilidad de los bienes

comunes por las deudas del marido, cualquiera que sea su causa, pero no por las de la mujer, y en la órbita de los regímenes disociativos se otorga a la mujer un amplísimo margen de actuación. Por último, la ley de 1985 establece un régimen absolutamente paritario de gestión de la comunidad, aunque matizado por el juego de las excepciones a la regla general, en el que las deudas de los cónyuges, cualquiera que sea su causa, con límites en el carácter doméstico de las mismas, pueden hacerse efectivas sobre los bienes comunes.

En un contexto en el que los acreedores del marido han podido confiar ampliamente en la aparente solvencia del mismo, en gran medida incrementada por los poderes que se le otorgan sobre los bienes de la mujer, se introducen, en el marco del derecho concursal, una serie de importantes correctivos, encaminados a salvaguardar esa aparente solvencia y que se concretan en normas que, declarada la quiebra del marido, limitan poderosamente los derechos de la mujer. Al mismo tiempo, partiendo de una presunción de fraude en la actuación de los esposos, se introduce la presunción muciana concursal, con la que se sancionan muy duramente las adquisiciones onerosas realizadas por una mujer casi carente de facultades, salvo que haya recabado la autorización de su marido, presumiéndose que, salvo prueba en contrario, lo adquirido es propiedad del marido. Cuando en 1955 se procede a una revisión de la normativa concursal, momento en el que ya se ha suprimido la incapacidad de la mujer, subsistiendo la sospecha de las actuaciones colusorias de los esposos, la presunción muciana se bilateraliza. En 1967 los planteamientos de la normativa concursal sufren una alteración y se ponen en juego nuevos intereses. La presunción muciana es derogada, sin embargo la defensa del interés particular de los acreedores sigue estando protegidos al establecerse que pueden probar que los bienes adquiridos por el cónyuge del deudor lo han sido con medios de éste.

El Derecho alemán aborda la igualdad de sexos muy tempranamente, pero las ideas de los filósofos no cristalizan en el campo jurídico. En consecuencia, en el momento de promulgarse el BGB el Derecho patrimonial de la familia se inspira en la posición prevalente del marido, pero mucho más matizada que en el Derecho francés. El BGB adopta como régimen legal el de "administración y disfrute maritales", en el que se conceden amplios poderes de gestión al marido, pero concediéndosele a la mujer un extenso margen de actuación, que tiene libertad absoluta

respecto a su patrimonio aportado y colabora en la administración de su patrimonio reservado. Dado que no existe confusión de patrimonios, cada cónyuge se hace deudor de las obligaciones que asuma. La situación varía cuando el régimen adoptado es uno de los convencionales asociativos en los que ciertos bienes de los esposos pasan a ser comunes, careciendo la mujer de la facultad de administrar, y planteándose una responsabilidad de tales bienes por las deudas del marido y, en muy menor grado, por las de la mujer. Cuando en 1957, dando cumplimiento al mandato constitucional de la igualdad de los esposos, se reforma el Derecho de familia, se introduce como régimen legal el de participación en las ganancias, en el que predomina el factor disociativo, con la consiguiente separación de deudas, a excepción de las contraídas para atender a las necesidades de la familia.

La defensa del interés de la familia es una nota caracterizadora del Derecho alemán que tiene su reflejo en el Derecho concursal. Esa defensa del interés de la familia es la causa que justifica que la declaración en quiebra del marido, hasta la consagración de la equiparación jurídica, sea causa de disolución del régimen matrimonial. Ahora bien, ese interés no se superpone al de los acreedores, y buena prueba de ello es que los negocios entre cónyuges y de éstos con determinados parientes son tratados con especial rigor. Pero la presunción muciana no tiene su fundamento en la actuación colusoria de los esposos, sino en la propia naturaleza del matrimonio, que da lugar a que se produzca una confusión entre los bienes de los esposos, y en el que la unidad de vida determina que se compartan lo bueno y lo malo. Por esta razón no se establece una presunción de propiedad del quebrado, sino una efectiva extensión del desapoderamiento del mismo a bienes que pueden no ser suyos.

El codificador italiano mantiene la tradición separatista y en el Código civil de 1865 introduce como régimen legal, aunque sin caracterizarlo como tal, la separación de bienes, pero con el correctivo de la autorización marital, suavizado por la posibilidad de acudir a la autorización judicial supletoria, y prontamente suprimido (1919); en consecuencia cada uno responde de sus propias deudas. Sin embargo el régimen, minuciosamente regulado y mayoritariamente aplicado, es el dotal, en el que las posibilidades del marido de inmiscuirse en la gestión del patrimonio de la mujer, de cuya porción dotal es administrador, son mayores, si bien la mujer goza de las garantías que suponen la hipoteca legal y la posibilidad de pedir la separación de la

dote. El régimen dotal supone un aumento de la garantía de los acreedores del marido, pues los frutos de la dote acrecientan su patrimonio. En el marco de los regímenes convencionales se incluye también la sociedad de gananciales, cuyo administrador es el marido, siéndolo también de los bienes propios de la mujer, respondiendo los bienes comunes de todas las deudas del marido y de las contraídas por la mujer en el ejercicio de la potestad doméstica. En 1975 se produce una reforma radical del Derecho de familia. Abandonando la tradición separatista se adopta como régimen legal una particular construcción de la sociedad de gananciales, cuya gestión se atribuye de manera indistinta a los cónyuges, estableciéndose, no obstante, excepciones en las que es necesaria la cogestión; el juego regla general-excepciones tiene su fundamento en una distinción basada en el carácter ordinario o extraordinario del acto; en consonancia con ello las deudas son comunes o personales según el carácter ordinario o extraordinario del acto, lo que plantea problemas de coordinación para determinar la ganancialidad de las deudas. En todo caso, los acreedores consorciales pueden satisfacer sus créditos sobre los bienes gananciales y los personales pueden dirigirse contra dichos bienes en vía subsidiaria y hasta el valor de la cuota del cónyuge obligado.

El Código de comercio de 1865 introduce las mismas normas restrictivas de los derechos de la mujer que existían en el Derecho francés, y lo hace con una traducción casi literal de los preceptos del Código napoleónico, ignorando la existencia de un régimen económico matrimonial diametralmente opuesto. Sobre la base de la misma sospecha de fraude en la actuación de los cónyuges, incorpora la muciana, presumiéndose del marido los bienes adquiridos a título oneroso por la mujer. Este sistema es mantenido por el Código de comercio de 1882. La *Legge fallimentare* de 1942 asume la tutela de los acreedores como un altísimo interés y, en consecuencia, modifica profundamente el sistema de reintegración de la masa, estableciendo un mecanismo similar al vigente en Alemania. No obstante, las normas restrictivas de los derechos del, ahora, cónyuge del quebrado se mantienen, introduciéndose, además, una norma sancionadora de los contratos entre cónyuges. Sin embargo, en la presunción muciana se aprecian algunas diferencias, especialmente la supresión de toda referencia a los regímenes económico matrimoniales a los que es aplicable, lo que genera importantes problemas de incompatibilidad de normas cuando pretende aplicarse al nuevo régimen legal, poniendo en cuestión la eficacia de la institución.

La segunda parte del trabajo se dedica al análisis y crítica del Derecho español. Prescindiendo de las etapas anteriores en las que, como es sabido, no existía la presunción muciana, y el ejercicio del comercio por persona casada se resolvía sustancialmente en un tema de *status*, referido al ejercicio del comercio por la mujer casada, el punto de arranque se sitúa en la reforma legislativa de 1975-1981.

Junto a la doctrina, la jurisprudencia y los textos vigentes del Derecho común, así como el art. 23 de la Compilación Catalana, precepto receptor de la concepción prístina romana de la Presunción Muciana –presunción que, ante la duda de dónde puedan proceder los bienes adquiridos por la mujer, los presume procedentes del marido, para así salvaguardar la honorabilidad de ésta–, transformada en la muciana concursal, con un texto de factura casi idéntica al ya visto del art. 1442 del Código civil, por la ley 13/1984, de 20 de marzo, sobre la Compilación del Derecho civil de Cataluña, se utilizan como medios instrumentales el Anteproyecto de Ley concursal de 1983 y el proyecto Comunitario de Convenio sobre quiebras, convenios y procedimientos análogos.

La construcción y análisis del derecho español se realiza en cinco capítulos (VII-XI). En el primero de ellos, el séptimo, se hace una exposición sistemática de las líneas básica de los sistemas económico matrimoniales resultantes de la reforma, haciendo especial hincapié en el significado del nuevo principio de la libre modificabilidad de los pactos capitulares y su sistema de publicidad, así como en la conformación de las distintas masas patrimoniales que pueden existir en los regímenes previstos por el legislador. En el capítulo octavo, habida cuenta de la permanencia del régimen de gananciales como régimen legal y de la introducción del principio de igualdad jurídica de los cónyuges en orden a la gestión de los bienes, e incardinándose en él la normativa específica de responsabilidad que establecen los arts. 6 y ss. C. com., se estudian la administración y disposición de los bienes gananciales en general y de la empresa en particular. En el capítulo noveno se examinan los mecanismos de protección de los acreedores o, lo que es lo mismo, las normas de responsabilidad por las deudas contraídas, diferenciando, nuevamente, el tratamiento de las deudas en general y de las contraídas en el ejercicio del comercio en particular. En el capítulo décimo, una vez concretado el marco general del Derecho patrimonial de la familia, se hace un análisis de las conexiones, más bien interferencias, que se derivan de la

necesaria aplicación conjunta, cuando un cónyuge es declarado en quiebra, de la normativa económico patrimonial y de las normas que rigen los procedimientos concursales. Por último, el capítulo undécimo se dedica a la presunción muciana. Partiendo de los antecedentes históricos de la institución y mediante un análisis de los presupuestos de aplicación, de los efectos que produce y de los medios de enervación de la misma, se evidencia la distinta formulación de la presunción introducida por el legislador español, con las consecuencias que ello acarrea, así como los resultados prácticos a los que conduce esa peculiar construcción.

PRIMERA PARTE
DERECHO COMPARADO

SECCION PRIMERA

***EL DERECHO PATRIMONIAL DE LA FAMILIA DESDE LA
CODIFICACION AL ULTIMO TERCIO DEL SIGLO XX***

CAPITULO PRIMERO

ORDENAMIENTO FRANCES

A) Del Código civil a la reforma de 1965	7
I. Introducción	7
II. Las capitulaciones matrimoniales	8
1. Contenido, extensión y límites	8
2. Forma	12
3. Publicidad	12
4. Inmutabilidad	15
III. El régimen legal: La comunidad de muebles y adquisiciones	17
1. Consideraciones generales	17
2. Conformación de las masas patrimoniales	18
2.1. Bienes comunes	18
2.2. Bienes privativos	22
3. La gestión de los bienes	23
3.1. Consideraciones generales	23
3.2. Facultades del marido sobre los bienes comunes: extensión y límites	25
3.3. Facultades de la mujer sobre los bienes comunes	29
3.4. Facultades y obligaciones del marido sobre los bienes privativos de la mujer	31
3.5. Facultades de la mujer sobre sus bienes privativos	34
4. Deudas a cargo de la comunidad	35
4.1. Consideraciones generales	35
4.2. Deudas de la comunidad en sí	36
4.3. Deudas del marido	38
4.4. Deudas de la mujer	39
4.5. Un supuesto especial: deudas contraídas por ambos cónyuges	40
5. Deudas privativas	41
6. La disolución del régimen	42
7. Liquidación de las deudas y protección de los acreedores	45
7.1. Derechos de los acreedores	45
7.1.1. Acreedores comunes	45

7.1.2. Acreedores personales	47
7.2. Regulación de los créditos entre cónyuges	48
IV. Modificaciones convencionales al régimen legal	49
1. Modificaciones del activo	49
1.1. Cláusulas extensivas	49
1.1.1. Cláusula de aportación de los inmuebles como muebles	49
1.1.2. Cláusula de comunidad universal	50
1.2. Cláusulas restrictivas	50
1.2.1. Cláusula de "realización" del mobiliario	50
1.2.2. Cláusula de aportación	51
2. Modificaciones del pasivo	52
2.1. Cláusulas extensivas: La comunidad universal	52
2.2. Cláusulas restrictivas	53
2.2.1. Cláusula de separación de deudas	53
2.2.2. Cláusula de aportación libre de gravámenes	54
3. Modificación del activo y del pasivo: La sociedad de gananciales	55
3.1. Consideraciones generales	55
3.2. Bienes gananciales	55
3.3. Bienes privativos	56
3.4. Afectación de los bienes	56
3.5. Prueba de las aportaciones de bienes muebles	57
V. Regímenes disociativos	58
1. Consideraciones generales	58
2. Régimen sin comunidad	59
3. Régimen de separación de bienes	60
3.1. Caracteres y efectos generales	60
3.2. Prueba de la propiedad de los bienes	61
3.3. Adición de una sociedad de gananciales	62
4. Régimen dotal	63
4.1. Generalidades	63
4.2. Bienes dotales y bienes parafernales	64
4.2.1. Bienes dotales	65
4.2.1.1. Constitución y extensión	65

4.2.1.2. Administración	65
4.2.1.3. Inalienabilidad	67
4.2.1.4. Restitución	68
4.2.2. Bienes parafernales	69
4.3. Adición de una sociedad de gananciales	70
VI. Los bienes reservados	70
1. Delimitación	70
2. Facultades de la mujer	72
3. Inexistencia de un pasivo propio	72
4. Prueba de la procedencia	73
B) La reforma legislativa de 1965	74
I. Introducción	74
II. El régimen matrimonial primario	75
1. Importancia, caracteres y objeto	75
2. La contribución de los cónyuges a los gastos de la familia	76
3. El ejercicio de la potestad doméstica	77
3.1. Las facultades individuales de actuación	77
3.2. La obligación de actuación conjunta	77
3.2.1. El consentimiento conjunto como presupuesto de la solidaridad de la obligación	78
3.2.2. El consentimiento conjunto como condición indispensable para la validez del acto	79
4. La autonomía conyugal	81
5. La ampliación de las facultades de los cónyuges en interés de la familia	83
6. La reducción de las facultades de los cónyuges en interés de la familia	85
7. La autonomía profesional y la libre percepción del salario	87
8. Los bienes reservados	87
III. Las capitulaciones matrimoniales	90
IV. El régimen legal: La sociedad de bienes gananciales	94
1. Introducción	94
2. Conformación de las masas patrimoniales	95

3. La gestión de los bienes	98
3.1. La gestión de los bienes gananciales	99
3.2. La gestión de los bienes privativos	102
4. La disolución del régimen	104
5. Liquidación de las deudas y protección de los acreedores	106
5.1. Derechos de los acreedores en el transcurso del régimen	106
5.2. Derechos de los acreedores tras la disolución y, especialmente, al tiempo de la partición	108
5.3. Regulación de los créditos entre los cónyuges	110
V. Los regímenes convencionales	111
1. Régimen de comunidad convencional	111
2. Régimen de separación de bienes	113
2.1. Origen y caracterización	113
2.2. La separación de bienes y deudas	114
2.3. La gestión de los bienes	115
2.4. La prueba de la propiedad de los bienes	116
3. Régimen de participación en las ganancias	118
3.1. Ideas generales	118
3.2. Funcionamiento del régimen: Aplicación del principio separatista	120
3.3. Restricciones derivadas del propio régimen	120
3.4. La extinción del régimen y el crédito de participación	121
VI. La contratación entre cónyuges	127
C) La reforma legislativa de 1985	129
I. Introducción	129
II. El régimen matrimonial primario	130
III. El régimen legal: La sociedad de bienes gananciales	131
IV. Los regímenes convencionales	134
V. La contratación entre cónyuges	136

A) DEL CODIGO CIVIL A LA REFORMA DE 1965

I.- INTRODUCCION

Los regímenes matrimoniales constituyeron y constituyen el objeto del Título V del Libro III del Código civil (arts. 1387 a 1581). A lo largo del S. XIX apenas se produjeron modificaciones. Unicamente cabe mencionar la ley de 10 de julio de 1850 sobre publicidad de las capitulaciones matrimoniales, que vino a modificar los arts. 75, 76, 1391 y 1394 del Código civil. Al margen de ésta se promulgaron algunas leyes que, aunque afectaban a los regímenes matrimoniales, se referían a materias muy concretas y no fueron introducidas en el Código civil: tal fue el caso de la ley de 9 de abril de 1881, completada por la ley de 20 de julio de 1895, que permitía a la mujer casada, fuera cual fuese su régimen matrimonial, abrir libretas de ahorro sin necesidad de asistencia marital.

Ya entrado el S. XX, la ley de 13 de julio de 1907, sobre la libre disposición de su salario por la mujer casada y la contribución de los cónyuges a las cargas del matrimonio, abrió una importante brecha en el principio de desigualdad jurídica de los cónyuges, presente en la casi totalidad de los Códigos civiles, que colocaba al marido en una situación de preeminencia frente a la mujer. Al lado de ésta deben mencionarse las leyes de 18 de febrero de 1938, que vino a reconocer la capacidad civil de la mujer casada, y la de 22 de septiembre de 1942, que derogó la de 1907 para introducir sus disposiciones en el Código civil, provocando al mismo tiempo la reforma de una veintena de artículos relativos a los regímenes en particular.

Reconocida la necesidad, fundada en razones prácticas, de que la ley debe organizar el régimen de bienes de los esposos¹, en el Código Napoleónico se

¹ Véase, por todos, COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*. VI. *De los regímenes matrimoniales*, trd. de la 2ª ed. francesa por DE BUEN, Madrid, 1955, pág. 5

establecieron dos principios fundamentales que, aunque matizados, todavía persisten. Uno de ellos era el de la **variedad** de los regímenes matrimoniales²; el otro, el de la **libertad** de las capitulaciones matrimoniales³. En virtud del primero no se imponía a los futuros esposos un régimen matrimonial determinado, sino que se les ofrecían varios, cuyo funcionamiento se regulaba, para que eligiesen. En concreto se les proponían cuatro: régimen de comunidad, régimen sin comunidad, régimen de separación de bienes y régimen dotal. Con el segundo principio se les permitía no sólo optar por uno de los modelos tipificados, sino también modificarlos, combinarlos entre sí e incluso adoptar uno no previsto en el Código civil.

II.- LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

El otorgamiento de capitulaciones es el acto por el cual los futuros esposos fijan su régimen económico matrimonial.

Habida cuenta de la libertad de opción que el legislador ofrece a los futuros cónyuges, la importancia práctica de las capitulaciones matrimoniales parece incuestionable: salvo que los interesados quieran someterse al régimen legal, están obligados a otorgarlas⁴.

1.- Contenido, extensión y límites

El principio de la libertad de capitulaciones está plasmado en el art. 1387 C.C.,

² Sobre las distintas concepciones de la reglamentación de las consecuencias pecuniarias del matrimonio en las legislaciones antiguas y modernas, véase ROGUIN, *Traité de droit civil comparé. Le régime matrimonial*, Paris, 1905, págs. 54 y ss.

³ El equivalente francés es "contrat de mariage". Atendiendo a criterios de unificación, y aun cuando la doctrina española ha utilizado otros giros como contrato de matrimonio, contrato antenupcial o contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, de aquí en adelante, y para todos los ordenamientos, utilizaremos, de forma completa o abreviada, la expresión "capitulaciones/capítulos matrimoniales o pactos capitulares" por ser la de uso más frecuente y la más fácilmente identificable.

⁴ En la práctica las capitulaciones eran muy infrecuentes, no siendo otorgadas más que por las clases adineradas. Los datos estadísticos pueden verse en BONNECASE, "La réforme du régime de la communauté légale et les enseignements de la pratique", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1911, págs. 317 y ss., pág. 337.

primero de los preceptos dedicados a la regulación de los regímenes matrimoniales: "La Ley solamente rige la asociación conyugal en cuanto a los bienes, a falta de convenciones especiales, que los cónyuges pueden establecer como juzguen conveniente".

Las capitulaciones son un acto complejo en el que, además de las estipulaciones relativas al estatuto patrimonial de los futuros esposos, se pueden incluir infinidad de cláusulas y pactos ajenos a dicho estatuto.

En el ámbito estrictamente patrimonial, las cláusulas más frecuentes son: las capitulaciones propiamente dichas, por las que las partes adoptan un determinado régimen⁵; las donaciones hechas en favor de los esposos, es decir, las constituciones de dote, ya procedan de los padres o parientes, o de cualquier otra persona; la liberalidades que los futuros esposos se hacen recíprocamente o no, y, por último, las cláusulas destinadas a hacer constar las aportaciones de los futuros esposos.

Al lado del régimen de los bienes, las capitulaciones contienen casi siempre una serie de estipulaciones cuya validez, aun estando prohibida en derecho común, es admitida a fin de favorecer el matrimonio. En concreto se admiten: las donaciones de bienes futuros (arts. 1082 y 1130 C.C.); las donaciones hechas por el esposo menor de edad (arts. 1095 y 1398 C.C.); las donaciones bajo condición potestativa (arts. 1086 y 948 C.C.); el pacto de comunidad universal (arts. 1526 y 1837 C.C.); la cláusula de atribución de todos los beneficios a un solo esposo (arts. 1525 y 1855 C.C.); la cláusula que permite eximir a la mujer de contribuir a las pérdidas (arts. 1514 y 1855 C.C.); la estipulación de la inalienabilidad de la dote, ampliamente admitida por la jurisprudencia⁶, según la cual los futuros esposos pueden pactar que la totalidad, o sólo

⁵ Una cláusula muy útil y frecuente era la denominada *cláusula comercial*, que consistía en pactar que el establecimiento mercantil adquirido durante la comunidad con valores de la misma, en caso de premuerte del cónyuge no comerciante, sería conservado, mediante compensación que tendría que pagar a la comunidad, por el cónyuge comerciante. Esta cláusula tenía la ventaja de impedir que, en caso de desacuerdo entre el esposo superviviente y los herederos del fallecido, el establecimiento mercantil fuera vendido en subasta pública y que el cónyuge comerciante se viera desposeído de él.

⁶ AUBRY & RAU, *Droit civil français. T. VII par ESMEIN*, Paris, 1962, pág. 482.

parte de los bienes propios de la mujer, únicamente podrán ser enajenados si el marido vuelve a invertir el importe de los mismo (cláusula de reinversión); la institución de heredero (arts. 1082 y 1093 C.C.), en virtud de la cual el disponente puede establecer su sucesión por contrato en vez de por testamento en favor de los futuros esposos y de los hijos que nazcan de su matrimonio; así como la institución contractual mutua y recíproca hecha por cada uno de los esposos en favor del supérstite, a fin de asegurarle, en la herencia del premuerto, un título hereditario más sólido y fuerte que el concedido por la propia ley (art. 767 C.C.).

El exponente máximo de la libertad de capitulaciones es la consecuencia que, a juicio de algunos autores⁷, no habían previsto los redactores del Código: la mezcla de los diversos regímenes mediante la combinación de elementos tomados de varios de ellos y la formación de un régimen mixto. Afirmación ésta que, por otra parte, hay que tomar con reservas, pues el propio Código admite la adición de una sociedad de gananciales al régimen dotal (art. 1581 C.C.)⁸.

El principio de la libertad de las capitulaciones tiene su contrapunto en el último inciso de los arts. 1387 y 1388 C.C., a cuyo tenor la autonomía de la voluntad no puede contravenir las buenas costumbres ni las disposiciones prohibitivas del Código. Preceptos que no son más que un reflejo concreto del art. 6 C.C.: la autonomía de la voluntad no puede contravenir las leyes de orden público ni las buenas costumbres.

La importancia de las restricciones al principio de libertad radica en que su concreción permite abarcar mejor la esfera de libertad que se deja a las partes y, por tanto, el verdadero contenido y extensión de las capitulaciones.

Las restricciones concretas están enunciadas en los arts. 1388 a 1390 C.C.

⁷ PLANIOL, RIPERT, NAST, *Tratado práctico de Derecho civil francés. VIII. Régimenes económicos matrimoniales*, trd. de la 1ª ed. francesa por DIAZ CRUZ, La Habana, 1945, pág. 29.

⁸ Véase infra apdo. A) V, 3.

En primer lugar, según el art. 1390 C.C. los esposos no pueden estipular en adelante, de manera general, que su asociación se regirá por una de las costumbres, leyes o estatutos locales que regían en diversas partes del territorio francés antes de la promulgación del Código, y que son derogadas por el mismo. Esta limitación tenía por objeto evitar la supervivencia de las variadísimas costumbres locales que existían en el territorio de la antigua Francia. Pero curiosamente, y en contrapartida, la doctrina⁹ y la jurisprudencia¹⁰ admiten las referencias a regímenes reglamentados en leyes extranjeras.

En segundo lugar, los esposos no pueden derogar las reglas relativas a los poderes del marido como cabeza de familia, ni las referentes a la patria potestad (art. 1388 C.C.). Esta limitación es una consecuencia directa del carácter imperativo de las normas concernientes al estatuto familiar¹¹.

En tercer lugar, los esposos no pueden hacer pacto o renuncia alguna cuyo objeto sea cambiar el orden legal de las sucesiones, ya sea respecto a sí mismos en la sucesión de sus hijos o descendientes, ya sea respecto a sus hijos entre sí (art. 1389 C.C.). Esta restricción no es más que una reiteración de la norma general, contenida en el art. 1130 C.C., que prohíbe los pactos sobre sucesión futura.

En último lugar, el art. 1388 C.C. prohíbe la derogación de los derechos que tiene la mujer a ejercer una profesión separada de la del marido y de disponer libremente de sus bienes reservados. La restricción tiene su razón de ser en que se trata de una cuestión de capacidad, y los esposos no pueden modificar la capacidad –normas imperativas– concedida por la ley a la mujer casada.

⁹ Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VII, pág. 480.

¹⁰ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité pratique de droit civil français*. VIII. *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1957, pág. 92.

¹¹ Ciertamente es que las leyes de 18 de febrero de 1938 y de 22 de septiembre de 1942 habían suprimido la potestad marital pero, al mantener al marido como jefe de la familia y de la comunidad, se le seguía confiriendo un cierto poder sobre la mujer. Sobre la potestad marital, in extenso, véase AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VII, págs. 174 y ss.

2.- Forma

Las capitulaciones matrimoniales deben ser firmadas, bajo sanción de nulidad, antes de la celebración del matrimonio y en documento notarial (art. 1394 C.C.).

La redacción de las capitulaciones está sometida a la observancia de todas las reglas y formalidades prescritas por la ley de 1803 (25 de ventoso) sobre la validez de los documentos notariales: firma por dos notarios o por un notario y dos testigos instrumentales. Tras la ley de 12 de agosto de 1902 basta con la firma de un solo notario, incluso aunque el documento contenga donaciones, salvo que una de las partes no sepa o no pueda firmar.

La validez de las capitulaciones está subordinada a las condiciones ordinarias establecidas para los documentos notariales, especialmente si es necesaria la presencia de testigos, en cuyo caso éstos no podrán ser parientes del notario en el grado prohibido, debiendo, además, ser redactadas en matriz.

La nulidad de las capitulaciones por defecto de forma tiene como consecuencia la sumisión de los esposos al régimen legal. Si bien no puede subsanarse la nulidad, la jurisprudencia tiene establecido que, a la disolución del matrimonio, los herederos del cónyuge difunto y el supérstite podrán, en virtud de una ratificación expresa o tácita, regular sus derechos conforme a los pactos contenidos en esas capitulaciones matrimoniales¹².

3.- Publicidad

Las capitulaciones matrimoniales, al igual que el contrato de sociedad, producen efectos frente a terceros. Los pactos contenidos en las capitulaciones pueden ser invocados por los terceros frente a los esposos, así como por éstos frente a los terceros. En consecuencia, los terceros tienen interés en conocer cuál sea el régimen matrimonial de las personas casadas con las que vayan a contratar. Este interés se concreta en tres puntos: determinación de su garantía en función del régimen

¹² AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VII, págs. 448-449.

matrimonial adoptado; conocimiento de los poderes del marido sobre los bienes de la mujer y precisión de las facultades de la mujer sobre sus bienes privativos.

El Código civil no adoptó ninguna disposición para la organización de la publicidad de las capitulaciones. Sin embargo, su necesidad, en relación con los esposos comerciantes, ya había sido reconocida y exigida por la Ordenanza de 1673, título VIII, art. 1º.

Al redactarse el Código de comercio se planteó el tema de la publicidad, y se reprodujo la disposición de la Ordenanza de 1673: fijación en el tablón de anuncios de un extracto de las capitulaciones, durante un año, en la secretaría del tribunal de comercio y del tribunal civil y en los despachos de los notarios y abogados del domicilio de los esposos (arts. 67 C. com. y 872 C. Proc. civ.). A ello hay que añadir la norma contenida en el art. 69 C. com.: el esposo separado de bienes o casado bajo el régimen dotal que inicia el comercio con posterioridad a su matrimonio, deberá remitir en el plazo de un mes, el extracto de sus capitulaciones a las secretarías de los tribunales y a los despachos de los abogados y notarios de su domicilio, bajo pena, en caso de quiebra, de ser castigado como quebrado fraudulento, es decir, con la pena, de 5 a 20 años, de trabajos forzados (arts. 19 y 402 C. Penal). Esta rigurosísima sanción se vió atenuada por la Ley de 28 de mayo de 1838, sobre quiebras y bancarrotas, que modificó el art. 69 C. com. rebajando la pena a la de prisión de 1 mes a 2 años, correspondiente a la bancarrota simple (art. 402 C. Penal).

En el marco de la legislación civil hay que esperar a la ley de 10 de julio de 1850 para encontrar un régimen general de publicidad de las capitulaciones matrimoniales. La ley tuvo por fundamento una reacción contra las declaraciones falsas que venían haciendo los esposos sobre su régimen matrimonial. Con la ley de 1850 se estableció un sistema de publicidad aplicable a todos los esposos, incluso no comerciantes, para proteger a los terceros. Sin embargo, este sistema –inscripción de las capitulaciones en el Registro civil– no desplazó al del Código de comercio, considerado como más perfecto¹³, mantenido tras la ley de 1850 y mejorado con la creación del registro mercantil en 1919, sustituyéndose el anuncio en los tribunales por

¹³ RIPERT, *Traité élémentaire de Droit commercial*, I, Paris, 1959, pág. 118.

la inscripción del régimen matrimonial en el Registro mercantil (art. 64-7 C. com., según redacción dada por los Decretos de 9 de agosto de 1953 y de 6 de enero de 1954).

Según la ley de 10 de julio de 1850, si los esposos, al casarse, no declaraban que habían otorgado capitulaciones matrimoniales, la mujer se reputaba, frente a terceros, capaz de contratar en los términos del *Derecho común* (art. 1391 C.C.), lo que venía a significar que si el régimen matrimonial era el dotal, la mujer no podría oponer a terceros la inalienabilidad de su dote, no admitiendo la jurisprudencia que los terceros supusieran que el régimen matrimonial era el legal¹⁴.

Posteriormente, el Decreto nº 58-1355 de 27 de diciembre de 1958 extrajo los arts. 47 a 70 del Código de comercio de dicho cuerpo legal, confiriéndoles carácter reglamentario. Dicho Decreto estableció la publicidad de las capitulaciones en distintos casos:

1º) capitulaciones otorgadas por persona comerciante antes del matrimonio: mención del régimen matrimonial y de las cláusulas restrictivas de la libre disposición de los bienes de los cónyuges, o la inexistencia de tales cláusulas (art. 19).

2º) persona que inicia el comercio en el transcurso de su matrimonio: el cónyuge comerciante está obligado a inscribir en el Registro mercantil su régimen económico (art. 18-3,7 y 8).

3º) personas que ejercen el comercio en distintas jurisdicciones: además de la inscripción en la jurisdicción del establecimiento principal, deben proceder a una inscripción sumaria en las demás jurisdicciones (arts. 5-2º y 10).

Este régimen de publicidad se completa con una serie de sanciones.

El art. 17 del Decreto de 1958 establece que las personas sometidas a

¹⁴ RIPERT, *ob. cit.*, pág. 119.

inscripción en el Registro no pueden oponer, a las personas con las que contratan por razón de su actividad comercial, los hechos sujetos a inscripción si no han sido inscritos antes de la celebración del contrato, a menos que puedan probar que en el momento de la contratación los terceros conocían personalmente los hechos en cuestión.

A propósito de las capitulaciones matrimoniales, el art. 18-7º, que enumera los hechos que se deben inscribir, dice que en defecto de inscripción, la mujer no podrá hacer valer las cláusulas del régimen frente a terceros.

Del examen conjunto de los arts. 18-7º y 19 del Decreto y del art. 1391 C.C. resulta que cuando no se ha dado publicidad a las capitulaciones, las únicas estipulaciones que no se pueden hacer valer frente a terceros son aquellas que supone un obstáculo a la libre disposición de los bienes de los cónyuges¹⁵.

Ahora bien, puesto que sólo son los comerciantes los que están obligados a inscribirse en el Registro mercantil, siendo los únicos afectados por la inoponibilidad de los hechos no publicados, la totalidad de la doctrina se muestra partidaria de que la mujer casada no comerciante, cuyo marido inicia el comercio al tiempo de la celebración del matrimonio o con posterioridad, pueda oponer a los terceros las estipulaciones contenidas en sus capitulaciones siempre que se haya mencionado la existencia de las mismas en el acta de matrimonio aunque no se haya procedido a su inscripción en el Registro mercantil¹⁶.

4.- Inmutabilidad

Las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse antes de la celebración del matrimonio (art. 1394 C.C.). Su contenido puede ser modificado hasta el momento de la celebración del matrimonio, pero con las condiciones previstas en los arts. 1396 y 1397 C.C.: redacción ante el mismo notario (art. 1396-1º) en presencia, y con el consentimiento, de todas las personas intervinientes en las capitulaciones (art. 1396-

¹⁵ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, VIII, cit., págs. 169-170.

¹⁶ Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VII, pág. 455.

2º); las modificaciones deben ser inscritas a continuación de la minuta de las capitulaciones (art. 1397-1º) y el notario no deberá expedir certificaciones ni copias de las capitulaciones sin transcribir, a continuación de las mismas, las modificaciones que se hayan producido (art. 1397-2º).

Ahora bien, una vez celebrado el matrimonio, las capitulaciones **no pueden experimentar ningún cambio** (art. 1395 C.C.), y, tal como ha sentado la jurisprudencia, puesto que el fundamento de la inmutabilidad lo constituyen motivos de orden público, las convenciones contrarias a la misma son nulas de pleno derecho¹⁷; nulidad que no prescribe ni puede extinguirse mediante confirmación de la cláusula ilícita.

Lo escueto del precepto dió lugar a un casuismo doctrinal que desbordó todas las previsiones posibles¹⁸.

La doctrina¹⁹ y la jurisprudencia²⁰ coinciden en su justificación de la estabilidad perseguida por la ley. De una parte, las personas que contratan con los cónyuges tienen interés en conocer su régimen económico matrimonial; si el régimen variase durante el matrimonio, los terceros podrían desconocer tales modificaciones y verse sorprendidos por cambios imprevistos que pondrían en peligro la seguridad del tráfico. De otra, las capitulaciones tienen un marcado carácter de pacto de familia en el que toman parte no sólo los esposos, sino también sus parientes, lo que hace impensable que los cónyuges por sí solos puedan modificar un acto que es obra de varias voluntades.

¹⁷ COLIN y CAPITANT, *Curso elemental...*, cit., VI, pág. 75.

¹⁸ La constatación de este casuismo puede hacerse comparando las primeras ediciones del Tratado de PLANIOL y RIPERT. De 16 páginas que se dedicaban al tema en la primera (1925) se pasa a 38 páginas en la segunda (1957).

¹⁹ Véase, por todos, SAVATIER, "De la portée et de la valeur du principe de l'inmutabilité des conventions matrimoniales", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1921, págs. 93 y ss., pág. 94. En contra, como única excepción, COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, VI, págs. 66-69.

²⁰ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, pág. 64.

III.- EL REGIMEN LEGAL: LA COMUNIDAD DE MUEBLES Y ADQUISICIONES

1.- Consideraciones generales

El régimen económico legal del matrimonio en el Derecho francés es la "comunidad de muebles y adquisiciones" (*communauté des meubles et acquêts*), también denominada "comunidad legal" o simplemente "régimen de comunidad" (art. 1393 C.C.).

Este régimen, que por ser el más utilizado ofrece una especial importancia práctica, implica esencialmente la existencia de **un patrimonio común a los dos esposos**, afectado ante todo a las necesidades de la familia, y destinado normalmente a ser dividido, a la disolución del matrimonio, entre el marido y la mujer o sus herederos.

En principio, los bienes comunes son administrados por el marido solo (art. 1421 C.C.) y, como ya hemos visto, todo pacto en contrario será nulo (art. 1388 C.C.). Sin embargo, éste no es un elemento esencial del régimen, pues existen casos en los que la mujer administra la comunidad (vg. ausencia o interdicción del marido).

Otro de los elementos del régimen es la atribución a la masa común, en caso de que existan bienes propios, de las rentas de estos bienes, así como también la administración por el marido de los bienes propios de la mujer. Pero éste tampoco es un elemento esencial. Mediante la combinación de la comunidad con el régimen de separación de bienes, la mujer puede reservarse la administración de la totalidad o de parte de sus bienes propios y los esposos pueden estipular que las rentas, totales o parciales, de sus bienes propios no entrarán en comunidad.

Por último, bajo el régimen de comunidad, la incapacidad de la mujer es general. Sin embargo, al reservarse total o parcialmente la administración de sus bienes, la mujer adquiere la "semicapacidad" de una mujer casada en régimen de separación de bienes²¹.

²¹ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, pág. 188.

Así pues, lo verdaderamente característico del régimen de comunidad es la existencia de un patrimonio común, o dicho de otro modo, un patrimonio que pertenece colectivamente a los dos esposos, sin que sea posible determinar, antes de la disolución del régimen, la cuota de cada uno de ellos, y que, no obstante confundirse con los bienes del marido por virtud de las facultades que éste tiene sobre el mismo, no deja de ser distinto de los patrimonios propios de los esposos, hasta el punto de que llegan a establecerse relaciones entre ellos, y que esas relaciones se regulan al tiempo de la disolución del régimen, por procedimientos que suponen una verdadera individualización de la comunidad.

El sometimiento al régimen de comunidad y el comienzo del mismo vienen determinados por la ley. Así, de una parte, el régimen es aplicable cuando se emite declaración de que se contrae matrimonio bajo el régimen de comunidad, y en defecto de capitulaciones (art. 1400 C.C.); de otra, la comunidad comienza el mismo día de la celebración del matrimonio, no pudiendo estipularse su comienzo en un momento distinto (art. 1399 C.C.).

2.- Conformación de las masas patrimoniales

Como hemos visto, lo esencialmente característico del régimen de comunidad es la creación de una masa común, junto a la cual coexisten bienes de propiedad exclusiva de cada cónyuge. El criterio para determinar la inclusión de los bienes en una u otra categoría se basa en la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los mismos.

2.1.- Bienes comunes

Una peculiaridad del sistema francés es la existencia de una masa común **desde el inicio** de la comunidad, para cuya conformación el Código civil dispone lo que podríamos llamar una deducción previa en la fortuna de cada uno de los futuros esposos, siendo aquélla más o menos amplia según la naturaleza mueble o inmueble de los bienes poseídos. Y así, el art. 1401 C.C. establece que la comunidad se compone activamente de **todos los muebles que los cónyuges poseen a la**

celebración del matrimonio²².

Además componen la masa común, según este mismo precepto, los bienes muebles adquiridos durante el matrimonio por donación o herencia²³, si el donante no manifiesta lo contrario; los frutos, rentas, intereses y plazos por pagos debidos, sea cual sea su naturaleza, procedentes de los bienes que pertenecían a los esposos en el momento de la celebración del matrimonio, y todos los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio.

La calificación de un bien como común despliega sus efectos en dos momentos temporales distintos: mientras existe la comunidad y a la disolución de la misma. Mientras existe la comunidad, el tema se reduce a una cuestión de facultades, es decir, quién y cómo debe llevar a cabo los actos de administración y disposición de dichos bienes, y, consecuentemente, qué créditos podrán satisfacerse sobre tales bienes. Tras la disolución de la comunidad, la calificación de un bien como común sólo tiene interés para el caso de que la mujer no renuncie a la comunidad. Caso en el que habrá que proceder a la constitución de la masa común con vistas a su reparto. En la masa sólo figurarán los bienes existentes a la disolución, mientras que los que hubieran salido de ella no tendrán más relevancia que la de poner de manifiesto si su enajenación fue regular o irregular.

La calificación de un bien puede ser incierta. Sin embargo, salvo prueba en contrario, todo bien debe considerarse común. Del texto de los arts. 1401–3º C.C., todos los inmuebles adquiridos durante el matrimonio son comunes, 1402 C.C., todo inmueble es ganancial si no se prueba la propiedad exclusiva de uno de los cónyuges,

²² Esta disposición ha sido vivamente criticada, hasta el punto de decirse que la comunidad produce un efecto **lamentable** y que puede llevar al resultado injusto de que si uno de los esposos tiene una fortuna mobiliaria mucho más importante que el otro, perderá la mitad de la misma en favor del otro. Véanse, especialmente, PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob.cit.*, VIII, pág. 200, y AUBRY & RAU, *Droit civil français*, VIII, par ESMEIN, Paris, 1949, pág. 15.

²³ La mención de los muebles adquiridos a título gratuito, lejos de excluir los adquiridos a título oneroso –no mencionados–, refuerza la idea de que hay considerar comunes los muebles adquiridos con cargo a las rentas de los esposos (PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, pág. 205).

y 1499 C.C., el mobiliario existente a la celebración del matrimonio, u obtenido después, se reputa ganancial, la doctrina deduce la existencia de una presunción de ganancialidad²⁴, en virtud de la cual, los terceros, mientras no haya prueba de que un bien es privativo de uno u otro esposo, tendrán razones para pensar que dicho bien es común.

La fórmula, absolutamente general, que se contiene en el art. 1401 C.C., relativa a los bienes muebles e inmuebles, hubo de ser precisada, y lo fue muy minuciosamente, por la doctrina y la jurisprudencia²⁵.

En lo que a los **bienes muebles** se refiere, aunque la regla general es su inclusión en la comunidad, dicha regla sufre excepciones, debidas a la naturaleza o a la función económica de ciertos bienes muebles, que conservan la condición de privativos.

La determinación concreta de los bienes y derechos mobiliarios susceptibles de ser calificados de comunes ha dado lugar a la afirmación de que la comunidad tiene una especie de derecho leonino de conquista en su propio beneficio²⁶.

En concreto son comunes: la totalidad del mobiliario que se encuentre en la vivienda; los muebles registrados; los títulos al portador, muebles corporales por efecto de la incorporación del derecho al título (art. 529 C.C.); los billetes de banco, por su confusión con el dinero común, si bien su valor económico da un derecho de crédito al cónyuge propietario frente a la comunidad; los créditos, con independencia de su fecha de constitución, del motivo de su creación y de la naturaleza inmobiliaria de su garantía; las rentas vitalicias y perpetuas; el capital de un seguro de vida; el valor económico de los oficios ministeriales, de la propiedad literaria, artística e industrial

²⁴ PONSARD, "La présomption de communauté", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1948, págs. 386 y ss., pág. 387.

²⁵ Al igual que ocurre en otros temas, el casuismo doctrinal y jurisprudencial llegó a tener unas proporciones abrumadoras.

²⁶ CACHIA, "Les droits patrimoniaux à caractère personnel sous le régime de communauté", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1950, págs. 267 y ss., pág. 281.



y de las participaciones sociales; la empresa propiedad de un cónyuge antes del matrimonio, y la adquirida durante el mismo por cualquiera de ellos, sea a título oneroso o gratuito (salvo la exclusión por voluntad del donante -art. 1401-1º C.C.-) y siempre con las particularidades debidas a su calificación como bien reservado si la funda la mujer; los elementos accesorios de la empresa, y los frutos, rentas e intereses de todo tipo vencidos o percibidos durante el matrimonio, procedentes de los bienes privativos de los esposos²⁷.

En lo que a los **bienes inmuebles** se refiere, también la regla dista mucho de ser absoluta y se excluyen de la comunidad, no sólo los inmuebles poseídos a la celebración del matrimonio, sino además varias categorías de inmuebles adquiridos durante el matrimonio, que pasan a ser propios.

De la combinación de los arts. 1401-3º y 1404 a 1408 C.C. resulta que en concreto son comunes: los inmuebles donados o legados conjuntamente a los esposos por interpretación a contrario del art. 1405 C.C., "las donaciones de inmuebles a un sólo cónyuge no entran en comunidad salvo voluntad contraria del donante"; los inmuebles donados o legados a uno de los esposos, con cláusula de inclusión en la comunidad (art. 1405 C.C, in fine); los inmuebles adquiridos a título oneroso que no entren en las categorías previstas en los arts. 1406 a 1408 y 1434 y 1435 C.C., es decir, porciones indivisas, cesiones paternas o maternas y subrogaciones; los inmuebles cedidos por el Estado, ya sea a título oneroso o gratuito, y , por último, los inmuebles adquiridos en el intervalo que media entre el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales y la celebración del matrimonio, salvo que la adquisición se haya realizado en cumplimiento de una estipulación contenida en las mismas (art. 1402-2º C.C., haciendo excepción a lo dispuesto en su primer párrafo)²⁸.

²⁷ Véase, por todos, PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, VIII, págs. 358-448.

²⁸ Véase, por todos, PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, VIII, págs. 496-504.

2.2.- Bienes privativos

Una vez delimitados los bienes comunes, no se plantea ninguna dificultad especial a la hora de concretar cuáles son los bienes propios de los esposos; especificación que, al igual que en el caso de los bienes comunes, ha sido efectuada en gran medida por la doctrina y la jurisprudencia²⁹.

Siguiendo el mismo orden que con los bienes comunes, hay que distinguir entre bienes muebles e inmuebles.

Son **muebles** privativos: los donados o legados con exclusión de la comunidad (art. 1401-1º C.C. in fine); los procedentes de un bien privativo o que hayan sustituido a uno privativo; el crédito por el precio de venta de un bien privativo; la compensación por una partición de inmuebles realizada durante el matrimonio; los adquiridos por permuta de un bien privativo (art. 1497 C.C.); los bienes adquiridos por inversión o reinversión de bienes privativos; las indemnizaciones por pérdida de bienes privativos; recuerdos de familia; ropas y objetos de uso personal; los instrumentos necesarios para el trabajo, a reserva de la compensación debida a la comunidad si se adquirieron con dinero común³⁰; el derecho moral de la propiedad literaria, artística e industrial; las pensiones por alimentos, jubilación, invalidez, etc.; las rentas constituidas con bienes o dinero privativo, cuyo goce se atribuye a la comunidad; las rentas vitalicias constituidas conjuntamente, con dinero común, con cláusula de reversibilidad para el supérstite; el capital de un seguro de vida concertado por un tercero a favor de uno u otro cónyuge con exclusión de la comunidad; el capital de un seguro de vida concertado por un cónyuge a favor del otro o por ambos a favor del superviviente; el capital de un seguro de vida concertado por un cónyuge en su propio beneficio, si al vencimiento de la póliza se ha disuelto la comunidad, y las indemnizaciones por daños físicos y/o morales.

²⁹ Véase, por todos, PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, VIII, págs. 424-468.

³⁰ Según AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 43, nota 28.6, sólo procederá la compensación cuando el gasto sea exagerado en relación con los bienes existentes en la comunidad.

Son **inmuebles** privativos: los que los cónyuges poseían a la celebración del matrimonio (arts. 1402-1º y 1404-1º C.C.), con la excepción, ya vista, de los adquiridos en el lapso que media entre las capitulaciones y la celebración del matrimonio (art. 1402-2º C.C.)³¹; los adquiridos durante la vigencia de la comunidad a título de sucesión, donación o legado (arts. 1402, 1401-1º y 1405 C.C.); las porciones indivisas de inmuebles adquiridas por uno de los cónyuges en su condición de copropietario, y como excepción a la regla del art. 1401-3º C.C., que declara comunes los inmuebles adquiridos durante la vigencia de la comunidad, los adquiridos como consecuencia de un acuerdo de familia (art. 1406 C.C.), los adquiridos por subrogación de bienes privativos, distinguiéndose dos categorías: por inversión de dinero privativo o de productos de bienes privativos (arts. 1433 y 1435 C.C.) y bienes adquiridos por permuta de uno privativo (art. 1407 C.C.).

3.- La gestión de los bienes

3.1.- Consideraciones generales

Siguiendo la regla tradicional del Derecho francés, contenida en el art. 225 de la Costumbre de París³², el Código civil mantuvo al marido como señor de la comunidad, confiriéndole unas facultades muy amplias, hasta el punto que llegó a decirse que el marido era titular de dos patrimonios, el suyo personal y el de la comunidad, existiendo una "fusión" entre ellos³³.

Cierto es que el Código napoleónico adoptó la regla tradicional, pero no lo es

³¹ Para determinar la propiedad privativa de los bienes inmuebles basta con que la fecha de adquisición sea anterior a la celebración del matrimonio. Si el bien es poseído "animo domini", al producirse la usucapión durante la vigencia de la comunidad o después de su disolución, el bien se estima privativo, considerando al poseedor como propietario a partir de la fecha de toma de posesión (PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII., pág. 271).

³² "El marido es señor de los muebles y gananciales inmuebles obtenidos por él durante y vigente el matrimonio de él y su mujer, de tal modo que los puede vender, enajenar o hipotecar, y hacer de ellos por donación u otra disposición entre vivos, a su gusto y voluntad, sin el consentimiento de su dicha mujer, a persona capaz y sin fraude".

³³ COQUELLE, *Des droits de la femme sur les biens communs*, Thèse, Paris, 1906, pág. 8.

menos que el art. 1421 C.C. no recogió la formulación tajante del art. 225 de la Costumbre de París. Los redactores del Código introdujeron una restricción importante al prohibirle al marido la donación de los bienes de la comunidad (art. 1422), a lo que se unen las restricciones impuestas poco a poco por la jurisprudencia³⁴: obligación de rendir cuentas de su gestión³⁵ y ampliación de la noción de fraude.

Por otra parte, también por recepción de las reglas del derecho antiguo, los redactores del Código establecieron diversas garantías en favor de la mujer: las obligaciones contraídas por el marido no se pueden satisfacer sobre los bienes privativos de la mujer, salvo que ésta se haya obligado solidariamente³⁶; si la gestión del marido pone en peligro su dote, la mujer puede pedir la separación de bienes (art. 1443 C.C.); a la disolución de la comunidad, la mujer puede renunciar a la misma, quedando liberada de todas las deudas comunes (art. 1494 C.C.); aceptada la comunidad, puede limitar su responsabilidad alegando el beneficio de utilidad (*bénéfice d'émolument*), previa presentación de un inventario (art. 1483 C.C.); el pago de lo que haya de restituirse a la mujer a la disolución de la comunidad queda garantizado por la hipoteca legal sobre los inmuebles, comunes y del marido, que hasta el Decreto de 4 de enero de 1955 estuvo dispensada de inscripción durante el matrimonio.

Algunas de las garantías reconocidas a la mujer llevaron rápidamente a la necesidad práctica de que ésta interviniese en la gestión de la comunidad. A ello hay que añadir la construcción jurisprudencial que reconoció a la mujer la cualidad de mandataria tácita del marido para los asuntos domésticos³⁷, construcción transformada en regla legal con la ley de 22 de septiembre de 1942: representación convencional

³⁴ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, pág. 581.

³⁵ Esta precisión jurisprudencial es criticada por COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, VI, pág. 292, basando su crítica en que la obligación de rendir cuentas es incompatible "con los poderes que nuestro Derecho reconoce al marido dentro de un régimen de comunidad".

³⁶ Véase, por todos, PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, pág. 575.

³⁷ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, VIII, págs. 681-682.

(art. 218 C.C.), judicial (arts. 219 y 1427 C.C.) y legal (art. 220)³⁸.

No obstante las mejoras aportadas a la situación de la mujer, suprimida ya su incapacidad civil por la ley de 1938, las reglas relativas a la gestión de la comunidad son de orden público y, por tanto, inderogables por pactos contenidos en las capitulaciones (art. 1388 C.C.)

A pesar de la aparente rotundidad del art. 1421 C.C., "el marido administra solo los bienes de la comunidad", la participación de hecho de la mujer en la gestión del patrimonio común es bastante importante. Por ello, y siguiendo, en alguna medida, el hilo argumental de los tratadistas galos, procederemos a una exposición de las cuestiones relativas a la gestión de los bienes –comunes y privativos– atendiendo a las facultades respectivas del marido y de la mujer.

3.2.– Facultades del marido sobre los bienes comunes: extensión y límites

Como ya hemos indicado, el marido gestiona por sí solo los bienes de la comunidad, sin necesidad del concurso de la mujer.

El verdadero significado del art. 1421 C.C. no es el de indicar una serie de actos que puede realizar el marido, sino el de establecer una fórmula genérica: el marido puede hacer todo lo que no le está prohibido³⁹. Y en consecuencia, la aplicación práctica de dicho precepto es fruto, una vez más, de la construcción doctrinal y jurisprudencial.

La consecuencia práctica de la fórmula del art. 1421 C.C. es que el marido puede realizar todos los actos conservativos y de administración propiamente dicha, así como, en principio, todos los actos de disposición a título **oneroso**, estando facultado para ejercitar, como actor o como demandado, cuantas acciones judiciales

³⁸ La importancia práctica de la ley de 1942 radica en que, al introducir los preceptos de la ley de 1907 en el sector de normas relativas a los deberes y derechos de los esposos, dichos preceptos resultaban aplicables a todos los regímenes y no sólo al de comunidad.

³⁹ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, VIII, pág. 696.

conciernan a los bienes comunes, y, por tanto, para transigir y allanarse⁴⁰.

No obstante la generalidad de la fórmula del art. 1421, que permite al marido, según la jurisprudencia, desde cobrar rentas hasta disponer de un establecimiento mercantil, aportándolo a una sociedad, en contra de la cláusula comercial si se pactó⁴¹, el marido fue teniendo cada vez más dificultades para enajenar y gravar los inmuebles comunes sin el consentimiento de su mujer. La hipoteca legal de la mujer sobre los inmuebles comunes y los propios del marido, al garantizar un crédito indeterminado, ponía en peligro los derechos de los terceros contratantes, a lo que éstos respondieron exigiendo la participación de la mujer, bien para que renunciase a la hipoteca, bien para obtener una subrogación en dicha hipoteca. Esta exigencia de los acreedores tuvo su respaldo legislativo con el Decreto de 4 de enero de 1955, de reforma de la publicidad registral, que suprimió el carácter automático de la hipoteca legal, sujetándola a inscripción (arts. 2134 y 2135 C.C.).

Por otra parte, aun cuando la noción de fraude sólo estaba contenida en el art. 243 C.C., disposición particular referida a los actos realizados por el marido durante la tramitación de una demanda de divorcio, la doctrina y una abundantísima jurisprudencia no dudaron en conceder acción a la mujer contra los actos del marido realizados en fraude de los derechos de su esposa⁴².

Por último, según la ley de 12 de julio de 1909, sobre constitución de un bien de familia inembargable, el marido puede constituir tal bien de familia sobre un inmueble suyo, de la comunidad o, si media el consentimiento de la mujer, sobre uno de los inmuebles pertenecientes a ésta pero cuya administración tiene el marido (art. 7). La facultad de constitución no va acompañada de la de disposición. El marido no puede enajenar el bien de familia si la mujer no presta su consentimiento ante un juez de paz (art. 11).

⁴⁰ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, VIII, págs. 696 y 698.

⁴¹ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, pág. 606.

⁴² Véanse, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 96 y PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, VIII, pág. 700.

Frente a la amplia capacidad de maniobra concedida en el ámbito de los actos a título oneroso, al marido se le imponen importantes limitaciones en el de los actos a título **gratuito**. Las restricciones se dividen en dos categorías: una de carácter general, atinente a los bienes reservados de la mujer⁴³, según la cual, sin distinguir entre muebles e inmuebles, el marido no puede inmiscuirse en la gestión de dichos bienes si no media mandato de su mujer; otra de carácter especial, referida a ciertos actos y bienes: no puede realizar donaciones entre vivos (art. 1422 C.C.) o testamentarias (art. 1423 C.C.).

El antiguo art. 1422 C.C. le prohibía, con carácter general, la donación de bienes inmuebles, salvo que fuera para establecer a algún hijo común; en cuanto a las donaciones de bienes muebles, podía efectuarlas, excepto en dos casos: cuando se trataba de una universalidad de muebles y cuando la donación se hacía con reserva de usufructo para el marido.

El nuevo art. 1422, según redacción dada por la ley de 22 de septiembre de 1942, dispone que el marido no puede, ni siquiera para el establecimiento de los hijos comunes, disponer inter vivos de los bienes de la comunidad sin el consentimiento de la mujer.

La prohibición, como puede verse, recibe una formulación mucho más amplia. El fundamento de la norma está en un cambio de concepción de la misma. Frente a la presunción de fraude subyacente en el antiguo art. 1422, en la nueva redacción late la idea, relativamente nueva, de un reparto de facultades sobre los bienes comunes entre el marido y la mujer⁴⁴, sin que ello suponga concederle a la mujer un derecho actual sobre los bienes comunes⁴⁵.

⁴³ Véase infra apdo. A) VI.

⁴⁴ FREJAVILLE, "De la prohibition faite au mari de disposer entre vifs à titre gratuit des biens de la communauté sans le consentement de sa femme", en *D. 1945, Chron.*, págs. 1 y ss., pág. 4, justificaba el nuevo texto como un "residuo" de las ideas vertidas en los Proyectos de Cambacères, en los que se intentó imponer, para toda una serie de actos importantes, la actuación en pie de igualdad de ambos esposos.

⁴⁵ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, VIII, pág. 711. En contra, FREJAVILLE, "De la prohibition faite au mari...", *cit.*, pág. 5.

La reducción operada en materia de establecimiento de los hijos comunes puede resultar sorprendente a primera vista, sin embargo no lo es tanto, pues el art. 217 C.C., también modificado por la ley de 22 de septiembre de 1942, establece una autorización judicial para el caso de que "el cónyuge que deba prestar su consentimiento para la realización de un acto de disposición no se encuentre en condiciones de manifestar su voluntad o si su negativa no está justificada en el interés de la familia", lo que lleva a la doctrina a considerar que el marido no tendrá dificultad alguna para conseguir autorización para dotar a un hijo si la negativa de la mujer es infundada⁴⁶.

La mujer puede prestar su consentimiento antes de que se realice la donación o con posterioridad, incluso una vez disuelta la comunidad, ratificándola.

La exigencia del consentimiento de la mujer desaparece cuando, siendo ella la beneficiaria, acepta la donación, pues esa aceptación es de por sí consentimiento.

A pesar de la dureza de la fórmula del art. 1422, la doctrina se muestra unánime en admitir como excepción los regalos y presentes de costumbre⁴⁷.

Las donaciones efectuadas por el marido sin consentimiento de la mujer se sancionan con la inoponibilidad de las mismas, con el efecto consiguiente de la inclusión del bien donado en la masa que hay que repartir. Es decir, la sanción de los actos en contra del art. 1422 no es efectiva hasta el momento de la liquidación de la comunidad.

Según el art. 1423 C.C., "las donaciones testamentarias efectuadas por el marido no pueden exceder de su porción en la comunidad. Si ha donado de esta forma alguna cosa de la comunidad, el donatario no podrá reclamar su entrega en especie, salvo si aquélla, a la división de la comunidad, queda incluida en el lote de los herederos del marido; si entra en el de la mujer, el legado se satisfará por el equivalente del total sobre la parte de los herederos del marido y sobre los bienes privativos del mismo".

⁴⁶ AUBRY & RAU, *ob.cit.*, VIII, pág. 103, nota 16-3.

⁴⁷ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 104.

Si el legado excede de la porción del marido en la Comunidad, será cumplido solamente hasta el total de la cantidad que le correspondiere.

La obligación que pesa sobre los herederos de entregar al legatario el valor de la cosa cuando ésta ha pasado a la mujer es una excepción al art. 1021 C.C. que establece la nulidad del legado de cosa ajena. El fundamento de esta obligación estriba en el deseo de contrarrestar las amplias facultades del marido y la confusión de patrimonios existente⁴⁸.

3.3.- Facultades de la mujer sobre los bienes comunes

Como regla general la mujer no tiene ninguna facultad sobre los bienes de la comunidad. Sin embargo, a la hora de la verdad hay una serie de excepciones que han ido apareciendo al hilo de las restricciones que se le imponen el marido, que implican una participación amplia y frecuente de la mujer en la gestión.

En primer lugar, es necesaria su concurrencia para los actos que el marido no puede realizar sin el consentimiento de la mujer, bien por exigencia legal, bien por exigencia de los terceros contratantes.

En segundo lugar, debidamente autorizada por el marido, puede obligar, tanto a la comunidad (art. 1409-2º), como al marido (art. 1419 C.C.). Además, el marido puede conferirle un mandato (art. 218 C.C.). En este caso, la mujer actuará en nombre del marido y los actos que celebre obligarán al marido y a la comunidad, quedando ella liberada de responsabilidad (art. 1420 C.C.: las deudas contraídas por la mujer cuando actúa en virtud de mandato conferido por el marido quedan a cargo de la comunidad y no se le puede exigir a ella el pago).

En tercer lugar, el art. 1426, en relación con el art. 217 C.C. -autorización judicial-, implica que la mujer puede obligar a la comunidad sin el consentimiento de su marido cuando ha sido autorizada judicialmente por ser injustificada la negativa del

⁴⁸ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 109, nota 17.

marido a prestar su consentimiento.

Por último, la mujer puede realizar una serie de actos en virtud de facultades propias.

En este punto hay que distinguir dos categorías: las facultades propiamente dichas y las que son resultado de la transferencia de las facultades del marido a la mujer.

En virtud de las facultades propiamente dichas, la mujer puede disponer, por testamento, de los bienes comunes por la misma razón que el marido: las disposiciones testamentarias no tienen efecto hasta después de la muerte, momento en el que cesan todas las facultades del marido por disolución de la comunidad. El art. 220 C.C. le confiere el poder de llaves, en virtud del cual actúa como representante del marido, si bien se trata de una representación legal, puesto que el poder le es conferido expresamente por la ley, aunque sobre la base de una presunción de voluntad del marido a conferir dicha representación⁴⁹; presunción que se sustenta en el derecho otorgado al marido de revocar dicho poder (art. 220-2º C.C.). La ley de 9 de abril de 1881 (art. 6-5º), complementada por la de 20 de julio de 1895 (art. 16), permite a la mujer casada, cualquiera que sea su régimen matrimonial, abrir por sí sola una cuenta en la Caja de ahorros y retirar las sumas depositadas. A partir de la ley de 13 de julio de 1907, las mujeres casadas que ejercen una profesión separada de la del marido, sea cual sea su régimen matrimonial, tienen la administración, el disfrute y la libre disposición de los bienes que adquieran en el ejercicio de esa profesión, si bien dichos bienes reservados⁵⁰ forman parte de la comunidad (arts. 1401 y 1498 C.C.).

El nuevo art. 219 C.C. establece que si uno de los esposos se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad, su cónyuge puede solicitar autorización judicial para representarle. La autorización puede ser por tiempo determinado o indeterminado; general o para un acto concreto y puede llevar aparejada la exigencia de que la mujer preste garantías de su gestión.

⁴⁹ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, VIII, pág. 730.

⁵⁰ Sobre el estatuto de los bienes reservados véase *infra* apdo. A) VI.

Desaparecida la enumeración de actos concretos que contenía el antiguo art. 1427 C.C.⁵¹, y bastando que el acto sea útil, el acto puede ser, tanto de administración propiamente dicha como de disposición, pues el nuevo art. 1427 prevé la atribución a la mujer del poder de representar al marido en el marco de las facultades que le confieren a éste los arts. 1421 y 1428 C.C., preceptos relativos a la gestión por el marido de los bienes comunes y de los privativos de la mujer.

3.4.- Facultades y obligaciones del marido sobre los bienes privativos de la mujer

El art. 1428-1º C.C. establece que el marido tiene la administración de todos los bienes privativos de la mujer. Esta disposición, sin embargo, no tiene carácter imperativo y, por consiguiente, puede ser derogada por la voluntad de las partes mediante pacto contenido en las capitulaciones matrimoniales.

La administración le es conferida a título de representante; siendo esta representación de carácter general en cuanto que, dentro de los límites que se le marcan, puede realizar una serie indefinida de actos, y que, exclusión hecha de los bienes reservados, se extiende a todos los bienes de la mujer, muebles e inmuebles.

La administración a título de representante ha sido vivamente criticada por el hecho de que cuando se produce una transferencia de facultades a la mujer, ésta pasa a ocupar la posición, bastante singular, de representante de su propio representante legal⁵².

En su calidad de administrador de los bienes privativos de la mujer, el marido está sujeto a las mismas normas que cualquier administrador de fortuna ajena: debe actuar con la diligencia de un buen padre de familia y responde de su mala gestión (arts. 450-2º y 1428-4º C.C.).

Dado que la administración de los bienes de la mujer por el marido no es más

⁵¹ "La mujer, con autorización judicial, puede obligar a la comunidad para sacar a su marido de prisión y para proceder al establecimiento de sus hijos".

⁵² PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, VIII., pág. 743.

que una consecuencia del régimen de comunidad, la duración de esa administración es la misma que la de la comunidad. Esto es invariable incluso en caso de que se interponga una demanda de divorcio o de separación; mientras no se dicte sentencia, el marido sigue ejerciendo sus prerrogativas. Y lo mismo sucede cuando el marido es declarado en quiebra. La declaración en quiebra no es causa de disolución de la comunidad y, por otra parte, la inhabilitación consecutiva a la sentencia declarativa de la quiebra no afecta los derechos que el quebrado tiene sobre los bienes de su mujer⁵³.

Teniendo en cuenta la fórmula aparentemente general del art. 1428-1º C.C., la doctrina y la jurisprudencia tropezaron con grandes dificultades a la hora de delimitar la extensión o contenido de esa administración.

¿Encierra el art. 1428-1º C.C. un principio formulado en términos tan generales que permite al marido efectuar todos los actos que no le están prohibidos por un texto legal?

La doctrina conviene en que el marido solamente tiene, sobre los bienes de la mujer, facultades de administración. El contenido de las mismas resulta, en principio, de la contraposición de los párrafos 1º –actos de administración– y 3º –actos de enajenación– del art. 1428 C.C. Pero esta vía de delimitación es incorrecta pues se opone un acto jurídico, la enajenación, a un acto económico, que se ha dado en llamar de administración. Y de hecho existen operaciones jurídicas que a veces son actos de administración y a veces actos de enajenación⁵⁴.

Habida cuenta que el acto de administración es más una categoría económica que jurídica⁵⁵, es decir, que se trata de una operación económica que puede efectuarse

⁵³ Admitido incluso que el marido no queda privado del derecho a percibir las rentas de los bienes de la mujer, lo único que discutió la doctrina fue si los ahorros realizados sobre esas rentas debían ingresar en la masa de la quiebra o si quedaban fuera de la garantía de los acreedores. En el primer sentido, LYON-CAEN et RENAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, VII, Paris, 1914, pág. 241; en el segundo, THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, Paris, 1925, pág. 1082.

⁵⁴ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, págs. 660-661.

⁵⁵ TRASBOT, *L'acte d'administration en droit privé français*, Thèse, Bordeaux,

por diversos medios jurídicos, es preferible contraponer al acto de administración el acto de disposición, que también es una categoría económica que puede realizarse por diferentes medios jurídicos⁵⁶.

Entendiendo por acto de administración todo acto tendente a conservar la fortuna de la mujer, a darle todo su valor normal, sin comprometer su existencia y sin modificar su composición⁵⁷, y por acto de disposición, todo aquél que tienda a dar valor anormal a esa fortuna, o que venga a comprometer su existencia o a modificar su composición⁵⁸, resulta que el marido, en virtud del art. 1428-1º C.C. puede, y debe: realizar todas las gestiones necesarias para obtener el pago de la dote prometida a la mujer; efectuar todos los actos de conservación popiamente dichos, tales como renovar inscripciones hipotecarias, procurar la interrupción de la prescripción o practicar el inventario de las herencias que reciba la mujer; ejecutar cuantos actos sean necesarios para evitar la pérdida o deterioro de los bienes, así como hacer productivos los bienes.

La contrapartida de estas facultades, al margen de su responsabilidad genérica por la gestión, está en la posibilidad ofrecida a la mujer de pedir la separación de bienes si el marido pone en peligro su dote por una mala administración.

La administración no va acompañada de las facultades de disposición. El marido no puede enajenar los bienes inmuebles privativos de la mujer sin su consentimiento (art. 1428-3º C.C.), ni tampoco, a juicio de la doctrina, los bienes muebles aunque no estén mencionados⁵⁹. Las enajenaciones efectuadas por el marido sin consentimiento de la mujer se sancionan, según las normas generales sobre venta

1921, pág. 104.

⁵⁶ TRASBOT, *ob. cit.*, pág. 104.

⁵⁷ VERDOT, *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, Paris, 1963, pág. 272, aunque este autor comprende el acto de gestión en la "noción extensiva del acto de administración".

⁵⁸ VERDOT, *ob. cit.*, Paris, 1963, pág. 270.

⁵⁹ Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 145.

de cosa ajena, con la nulidad del acto (art. 1599 C.C.), siendo inoponible la enajenación a la mujer.

3.5.- Facultades de la mujer sobre sus bienes privativos

En el caso de que así se haya establecido en las capitulaciones matrimoniales, la mujer puede efectuar todos los actos de administración relativos a sus bienes privativos. De no ser así, la mujer no puede llevar a cabo ningún acto de administración.

Sin embargo, puede suceder que el marido confiera un mandato a la mujer para que ésta administre sus propios bienes, con lo que se viene a producir la curiosa situación de que el marido, representante legal, transmite convencionalmente sus facultades a la mujer, representada. Esta situación se plantea también cuando el marido no puede manifestar su voluntad y entra en juego la autorización judicial prevista por el art. 219 C.C. Además cabe que si el marido se niega a ejercer sus facultades de administrador, la mujer solicite autorización judicial alegando que el acto a realizar es en interés de la familia (art. 218 C.C.).

En cuanto a los actos de disposición, la mujer goza de los mismos derechos que si no estuviera casada y, por tanto, puede obligar sus bienes, gravarlos e incluso enajenarlos⁶⁰. Ahora bien, dado que la comunidad mantiene un derecho de disfrute sobre esos bienes hasta su disolución, las ventas que realice la mujer sólo podrán afectar a la nuda propiedad de tales bienes⁶¹.

Reconocida la plena capacidad civil de la mujer por la Ley de 22 de septiembre de 1942, el entramado de las normas relativas a la participación de la mujer en la

⁶⁰ FREJAVILLE, "Des acquisitions et des aliénations à titre onéreux faites par la femme commune en biens sans le concours de son mari", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1943, págs. 223 y ss., pág. 243; SOLUS, "Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1943, págs. 81 y ss., pág. 83.

⁶¹ Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob.cit.*, VIII, pág. 151. En un sentido restrictivo, admitiendo sólo la percepción del precio por el marido, FREJAVILLE, "Des acquisitions et des aliénations..." *cit.*, pág. 225.

gestión sufre una excepción cuando ésta ejerce el comercio. En efecto, si la mujer es comerciante puede disponer de la plena propiedad de sus bienes en el ámbito de su actividad comercial (art. 5 C.com., según redacción dada por la Ley de 22 de septiembre de 1942). Ello significa que puede actuar sin tener en cuenta las facultades de administración del marido y el derecho de disfrute de la comunidad. Ahora bien, esta libertad tiene sobre sí la amenaza de la oposición del marido a que su mujer ejerza el comercio (art. 4 C. com.), si bien cabe que la mujer recurra dicha oposición y obtenga autorización judicial para ejercer el comercio⁶².

4.- Deudas a cargo de la comunidad

4.1.- Consideraciones generales

Al carecer la comunidad de personalidad jurídica, los acreedores de la misma lo son siempre del marido y/o de la mujer, y tienen siempre como garantía, además de los bienes comunes, los privativos de cada cónyuge⁶³.

Si el acreedor común ha satisfecho su crédito sobre el patrimonio de un cónyuge, éste tiene derecho a una compensación siempre que la deuda deba quedar definitivamente a cargo de la comunidad. A la inversa, puede ser que una deuda de la comunidad no deba ser definitivamente satisfecha por ésta, y si la ha pagado, tiene derecho de compensación frente a uno u otro de los cónyuges, por haber satisfecho un interés personal⁶⁴. De cara a los acreedores la deuda es **común**; entre los esposos es **personal**. Forma parte del pasivo provisional, pues ha entrado en la comunidad a reserva de una compensación.

De cara a los acreedores, la distinción entre deudas comunes y personales descansa en tres ideas, fruto de la construcción doctrinal: la comunidad está obligada a pagar las deudas en la medida en que adquiere los bienes; para saber si una deuda es común, es preciso determinar si quien la contrajo tenía o no facultades para

⁶² Sobre las condiciones de ejercicio del comercio por mujer casada, véase RIPERT, *ob.cit.*, I, págs. 120-127.

⁶³ Véase, por todos, PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, pág. 334.

⁶⁴ Cfr. arts. 1403-3º, 1407, 1409-1º, 1412, 1416, 1431, 1437, 1439 y 1503 C.C.

disponer de los bienes comunes, y, por último, dada la confusión entre el patrimonio común y el privativo del marido, las deudas privativas de éste, mientras dura la comunidad, pueden hacerse efectivas sobre los bienes comunes⁶⁵.

En lo que se refiere a las relaciones de los cónyuges entre sí, la doctrina ha construido los pilares sobre los que descansan las mismas: en la medida en que la comunidad adquiere el activo de los esposos, debe soportar el pasivo que lo grava; puesto que la comunidad va encaminada a la satisfacción del interés común de los esposos, los gastos ocasionados para cubrir las necesidades de la familia deben ser de cargo de la comunidad; dado que en principio la mujer no puede gravar los bienes comunes, ni siquiera en las relaciones internas de los cónyuges, con deudas no ratificadas por el marido o contraídas sin su autorización, aunque haya actuado en interés de la comunidad, las mismas no serán comunes ni respecto al marido, ni respecto a los acreedores⁶⁶.

4.2.- Deudas de la comunidad en sí

Según el art. 1409-1º C.C., la comunidad responde de "todas las deudas mobiliarias que gravaran los bienes de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio, quedando a salvo la compensación debida por las deudas relativas a los inmuebles privativos de uno u otro cónyuge". Sin embargo, y a continuación, el art. 1410 establece que las deudas mobiliarias de la mujer sólo quedarán a cargo de la comunidad cuando tengan fecha cierta anterior al matrimonio⁶⁷.

Para saber cuándo una deuda, por ser mobiliaria o inmobiliaria, debe quedar

⁶⁵ Véase, por todos, PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, págs. 337 y 338.

⁶⁶ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, págs. 339 y 340.

⁶⁷ Si bien el art. 1410 sólo menciona el fallecimiento de uno de los firmantes y el registro del documento como hechos capaces de dar fecha cierta a la obligación de la mujer, la doctrina admite la relación, en otro documento auténtico, prevista en el art. 1328 C.C.: "los documentos privados no adquieren fecha cierta frente a terceros hasta que sean autenticados por funcionario público", AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 84, PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, pág. 344. En contra, ESMEIN, en AUBRY & RAU, *ibidem*, nota 15, considerando que esta interpretación se opone frontalmente a la letra y al espíritu del precepto.

a cargo de la comunidad, hay que atender al objeto de la obligación⁶⁸. En concreto, se consideran deudas mobiliarias: las derivadas de adquisición, mejora o conservación de un inmueble (art.1409-1º C.C.): la obligación de garantizar la evicción en la compraventa de un inmueble⁶⁹; la obligación de construir un inmueble⁷⁰, y las deudas mobiliarias garantizadas con una hipoteca sobre un bien privativo de uno de los cónyuges⁷¹.

Hemos visto que las deudas anteriores que entran en la comunidad lo hacen de forma definitiva. Sin embargo, es posible que la comunidad tenga derecho a un reintegro. Derecho que deriva del principio contenido en el art. 1437 C.C.: los cónyuges no pueden enriquecerse sin causa justa a costa del patrimonio común. Este derecho al reintegro se produce en tres casos: si ha tenido que pagar una deuda inmobiliaria del marido por efecto de la confusión de patrimonios; si ha pagado una deuda mobiliaria de la mujer, carente de fecha cierta (art. 1410-3º C.C.), y si ha pagado deudas mobiliarias relativas a bienes privativos de uno u otro esposo (art. 1409-1º C.C.).

El 2º inciso del párrafo 1º del art. 1409 C.C. declara comunes las obligaciones que graven las herencias, donaciones o legados recibidos por un cónyuge durante el matrimonio. Si lo recibido son bienes muebles, éstos se integran en el patrimonio común según lo dispuesto en los arts. 1401-1º⁷² y 1411-1º⁷³. Si la herencia es mixta, el art. 1411-2º establece un reparto proporcional de las cargas. Sin embargo, hay que distinguir según el heredero lo sea el marido o la mujer. En el primer caso, la deuda

⁶⁸ Si la obligación es de carácter **alternativo** (mueble-inmueble), la naturaleza definitiva de la deuda dependerá de la elección que haga el acreedor.

⁶⁹ AUBRY & RAU, *ob. cit.* VIII, pág.82, texto y nota 9.

⁷⁰ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 82, texto y nota 7.

⁷¹ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, pág. 346 y jurisprudencia citada en nota 3.

⁷² "Son comunes los bienes muebles que los cónyuges adquieran durante el matrimonio por herencia o donación".

⁷³ "Las deudas que gravan las herencias recibidas serán de cargo de la comunidad en la medida en que ésta se haya beneficiado de ellas".

recae sobre los bienes privativos del marido y sobre los comunes (art. 1415 C.C.). En el segundo caso, hay que subdistinguir que la mujer haya aceptado la herencia con autorización del marido, caso en el que la deuda afecta a los bienes comunes, a los privativos del marido y a la plena propiedad de los privativos de la mujer (art. 1417 C.C.); aceptación sin autorización del marido o con autorización judicial: el art. 1416 C.C. limita la responsabilidad a la nuda propiedad de los bienes privativos de la mujer.

Dado que la comunidad ingresa los frutos y rentas de los bienes propios de los esposos, así como los productos y ganancias de su industria y trabajo, el art. 1409 C.C., en correspondencia lógica, pone a cargo de la comunidad los plazos e intereses de las deudas personales, las cargas usufructuarias de los inmuebles privativos⁷⁴ y los gastos necesarios para el mantenimiento de la familia.

Igualmente, son de cargo de la comunidad los gastos de sostenimiento y alojamiento de la viuda (art. 1465 C.C.) y los gastos derivados del inventario, liquidación y partición de la comunidad (art. 1482 C.C.).

Por otra parte, el art. 1409-2º dispone que la comunidad responde de las deudas contraídas durante el matrimonio, tanto por el marido, como por la mujer, autorizada por el marido. Puesto que, salvo excepciones, el marido gestiona solo los bienes de la comunidad (art. 1421 C.C.), el activo común no puede verse gravado por actos realizados sin consentimiento del marido. De ahí la distinción que hace el art. 1409 C.C., y que pasamos a ver.

4.3.- Deudas del marido

Según el art. 1409-2º C.C. la comunidad está obligada a pagar las deudas, tanto en capitales, como en plazos o intereses, contraídas por el marido, a reserva del derecho de compensación en los casos en que proceda.

Así pues, los acreedores del marido tienen acción contra los bienes comunes

⁷⁴ Sobre la base del precepto, la doctrina considera que también deben ser de cargo de la comunidad las reparaciones ordinarias realizadas sobre los bienes muebles privativos, PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, pág. 368.

y contra los privativos del marido, siendo indiferente que se trate de deudas civiles o penales⁷⁵; que hayan sido contraídas en interés de la sociedad conyugal, en interés personal o de tercero; que lo hayan sido en beneficio de la mujer o incluso en perjuicio de ésta.

Sin embargo, cuando el marido se extralimita en sus facultades, las obligaciones no entran ni siquiera provisionalmente en la comunidad⁷⁶.

4.4.- Deudas de la mujer

Conforme al art. 1409-2º C.C., la comunidad responde de las deudas contraídas por la mujer con el consentimiento de su marido (art. 1426 C.C.). Sentado que si las deudas derivan de actos realizados con consentimiento del marido son comunes, hay que distinguir que la mujer haya actuado como mandataria de su marido o en nombre propio pero con autorización. En el primer caso, al actuar la mujer en nombre de su marido, la deuda equivale a una contraída por él⁷⁷ y, por tanto, queda a cargo de los bienes comunes y de los privativos del marido (art. 1420 C.C.). En el segundo, la mujer queda personalmente obligada pero los acreedores pueden perseguir el pago sobre los bienes comunes y sobre los privativos del marido (art. 1419 C.C.).

El fundamento jurídico del art. 1419 C.C. se explica de la siguiente manera. Como regla general el que habilita a un incapacitado no queda obligado cuando éste contrata con su autorización. Por tanto ¿establece el art.1419 una excepción a la regla general?. La doctrina se decanta por la afirmativa, argumentando que la razón de la responsabilidad atribuida a la comunidad reside en que, al autorizar a la mujer, el marido ha consentido en prestar como garantía los bienes comunes, del mismo modo que cuando él contrata personalmente⁷⁸.

⁷⁵ EL art. 1424 C.C. permite pagar con bienes comunes las multas de carácter penal impuestas al marido.

⁷⁶ Recuérdese la prohibición de donaciones inter vivos de los bienes de la comunidad (art. 1422 C.C.)

⁷⁷ COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, VI, pág. 218.

⁷⁸ Esta argumentación fue desarrollada con especial vigor por COLIN y

A continuación, el art. 1427 C.C. pone también a cargo de la comunidad las deudas nacidas de actos realizados por la mujer con autorización judicial, cuando el marido no puede manifestar su voluntad.

Están igualmente a cargo de la comunidad, y de los bienes privativos del marido, las obligaciones contraídas por la mujer que ejerce una profesión separada sin oposición del marido (arts. 225-3º y 1426 C.C. y art. 5 C. com.). Si dicha profesión se ejerce con oposición del marido pero con autorización judicial, el marido no queda personalmente obligado⁷⁹.

4.5.- Un supuesto especial: deudas contraídas por ambos cónyuges

Cuando se contraen obligaciones solidarias⁸⁰, los efectos varían según se tomen en cuenta las relaciones de los cónyuges entre sí o las de éstos con el acreedor.

Los derechos del acreedor son los de todo acreedor solidario, es decir, puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de sus deudores (arts. 1203 y 1487 C.C. y 542 a 545 C. com.). Y según afirma la doctrina, la deuda quedará a cargo de la comunidad, con independencia de la actuación del marido, porque es consecuencia de un acto del marido⁸¹.

En cuanto a las relaciones de los cónyuges entre sí, a tenor del art. 1431 C.C., la mujer que se obliga solidariamente con su marido, por asuntos de la comunidad o del marido, se reputa fiadora de éste y tendrá derecho a ser indemnizada por la obligación contraída. Este precepto, aunque parece ser una excepción a la regla de que

CAPITANT, *ob. cit.*, VI, págs.222-223, aceptada por AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 117 y PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob.cit.*, VIII, pág. 400, y rechazada por ESMEIN, en AUBRY & RAU, *ibidem*, nota 40.

⁷⁹ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 122. En contra, COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, VI, pág. 220.

⁸⁰ La solidaridad ha de ser expresa, pues según dispone el art. 1202 C.C. "la solidaridad no se presume".

⁸¹ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, VIII, pág.619.

el deudor solidario que haya pagado el total de la deuda, sólo podrá reclamar de sus codeudores la parte que a cada uno corresponda (art. 1214 C.C.), no es más que una aplicación concreta del art. 1216 C.C.: si el negocio por el que se contrajo la deuda solidaria no concierne más que a uno de los codeudores, éste responderá de toda la deuda frente a los demás, que se reputarán sus fiadores⁸².

Si las obligaciones son mancomunadas, el art. 1487 C.C. limita la responsabilidad de la mujer a la mitad de la deuda, pudiendo el marido ser demandado por la totalidad de la misma según previene el art. 1484 C.C.

5.- Deudas privativas

Según los arts. 1409-1º y 1410 C.C. la comunidad responde de todas las deudas mobiliarias menos de las de la mujer anteriores al matrimonio y carentes de fecha cierta. Así pues, quedan excluidas de la comunidad estas deudas de la mujer y las deudas inmobiliarias de ambos esposos.

La exclusión que opera el art. 1409-1º C.C. es consecuencia directa de la relación entre activo y pasivo. Puesto que los inmuebles poseídos a la celebración del matrimonio mantienen su condición de privativos, es lógico que las deudas tengan ese mismo carácter.

El Código civil no establece diferencias entre las deudas del marido y las de la mujer. Sin embargo, esto no es totalmente exacto en cuanto a las del marido pues, dada la confusión de patrimonios, sus acreedores inmobiliarios pueden dirigirse contra sus bienes y contra los comunes.

Las deudas de la mujer, mobiliarias, anteriores y carentes de fecha cierta, mantienen su validez en las relaciones de ésta con el acreedor, pero éste sólo podrá satisfacer su crédito sobre la nuda propiedad de los bienes privativos de la mujer (art. 1410-2º C.C.).

⁸² PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII., pág 411.

Si la deuda de la mujer resulta de un acto para el que obtuvo autorización judicial, los acreedores carecen de derecho contra la comunidad pues el art.1426 C.C. dispone que la mujer sólo obliga a la comunidad con consentimiento del marido, y, en consecuencia, la deuda es personal dado que la autorización judicial no tiene más efecto que habilitarla para contratar, es decir, hacer válida la obligación contra ella.

Cuando la mujer actúa sin autorización de ningún tipo, las obligaciones que contrae son personales por interpretación a contrario de los arts. 1409-2º y 1426 C.C.: la mujer sólo puede obligar a la comunidad con consentimiento del marido.

6.- La disolución del régimen

El art. 1441 C.C. enumera las causas de disolución del régimen: muerte, divorcio, separación de cuerpos y separación de bienes. Estas causas son taxativas y la sociedad conyugal no puede extinguirse por la sola voluntad de los esposos, pues ello sería ir contra el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales (art. 1395 C.C.), y el art. 1443-2º C.C., cuando declara nula toda separación voluntaria, no hace más que recordar ese principio.

La disolución de la comunidad produce tres efectos directos: entra en vigor el derecho de opción, concebido en favor de la mujer y sus herederos, que les permite aceptar o renunciar a la comunidad; pone fin inmediatamente al régimen de comunidad y, casi siempre, da lugar a una liquidación, previa partición.

La facultad de aceptar o renunciar es una regla orgánica del régimen de comunidad y por ello el mismo precepto que la establece declara nulo todo pacto por el que la mujer renuncie a su ejercicio (art. 1453 C.C.).

La finalidad perseguida con este derecho de opción es la de establecer un contrapeso a los poderes del marido. Gracias a la opción, la mujer no está obligada a sufrir las consecuencias de los actos realizados por el marido; tiene libertad para renunciar a la comunidad, y de este modo eximirse de las deudas comunes

La decisión que adopten la mujer o sus herederos, es decir, aceptar o renunciar,

es irrevocable. La irrevocabilidad de la aceptación está legalmente prevista en el art. 1455 C.C., y la de la renuncia es defendida por la doctrina sobre la base de una identidad de razón⁸³.

Mientras subsiste la comunidad, es decir, en el lapso que media entre la disolución y la liquidación de la misma, extinguidas las facultades del marido, la organización de los bienes descansa en una "indivisión post-comunitaria".

Jurídicamente, la administración corresponde a todos los comuneros pero, de hecho, hay supuestos en los que la administración queda de pleno derecho en manos de uno solo, aunque sea provisionalmente. Esto lo suponen, en cuanto a la viuda, los arts. 1454, 1455 y 1456 C.C., lo que ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a decir que el cónyuge supérstite administra la comunidad en virtud de un mandato tácito, o más bien a título de gestor de negocios⁸⁴. Tampoco es infrecuente que la administración sea confiada a un tercero, al que se le confiere un mandato expreso; tercero que puede ser un comunero, frecuentemente un notario y, en su caso, el síndico, si el marido ha sido declarado en quiebra.

Si las partes no designan ningún administrador, cada uno de los comuneros puede llevar a cabo los actos de conservación y los de administración urgentes (arts. 1464-2º y 1839-3º C.C.). Si el administrador es nombrado judicialmente, sus facultades serán las que se indiquen en la resolución judicial.

Antes de pasar a la liquidación hay que proceder a la partición o formación de la masa divisible. Para ello hay que separar los bienes propios de los comunes, lo que da lugar a las llamadas reservas o restituciones. Por otra parte, es preciso regular las recompensas que puedan deberse por la comunidad a uno de los esposos o por uno de éstos a la comunidad.

⁸³ Véase, por todos, PLANIOL, RIPERT, NAST, *Tratado práctico de Derecho civil francés, IX, Régímenes económicos matrimoniales*, trad. de la 1ª ed. francesa por DIAZ CRUZ, La Habana, 1946, pág.121.

⁸⁴ Véase, por todos, PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, IX, pág. 149.

La regulación de las reservas se encuentra en el art. 1470 C.C., según el cual cada uno de los esposos, o sus herederos, separará de la masa común sus bienes personales que no hayan entrado en comunidad, siempre que existan en especie, o aquellos que se hayan adquirido por reemplazo; el precio de los inmuebles que hayan sido enajenados durante la comunidad y de cuyo importe no se haya hecho reemplazo, y las indemnizaciones que la comunidad les debe.

En lo que a las recompensas se refiere, hay que proceder a la confección de un balance. Si el saldo es favorable a la masa común, los esposos devolverán la diferencia, y si es favorable a los cónyuges, los arts. 1471 y 1472 C.C. regulan el orden y procedimiento de dichas recompensas. Así, este derecho se ejercita en primer lugar sobre el dinero, a continuación sobre los bienes muebles y por último sobre los bienes inmuebles (arts. 1471-2º C.C.), gozando la mujer de preferencia sobre el marido para el cobro (art. 1471-1º C.C.), al tiempo que el art. 1472-2º le concede, para el caso de insuficiencia de bienes comunes, el derecho a hacer efectivas sus recompensas sobre los bienes personales del marido⁸⁵, mientras que el marido sólo puede hacerlas efectivas sobre los bienes comunes.

Una vez efectuadas estas deducciones, el remanente se reparte por mitad entre los cónyuges o quienes les representen (art. 1474 C.C.)⁸⁶.

Cuando la mujer renuncia a la comunidad pierde todo derecho sobre la misma (art. 1492 C.C.) y, por tanto, no es necesaria ninguna partición ni liquidación. Lo único

⁸⁵ Estos derechos se conceden a la mujer que acepta la comunidad, nunca a la que renuncia a ella.

⁸⁶ El principio de partición por mitad puede ser alterado por la voluntad de los cónyuges, manifestada en las capitulaciones matrimoniales, tal y como reconoce el propio Código civil. En concreto, y bajo la rúbrica "convenciones matrimoniales y entre asociados", el Código prevé cuatro tipos: atribución total de la comunidad a uno de los cónyuges (art. 1525); atribución de determinada suma fija (art. 1522); partición desigual (art. 1520) y la cláusula de mejora (arts. 1515 a 1519 C.C.). Pero esta enumeración no es restrictiva y, a condición de que se respeten las disposiciones relativas al contenido de las capitulaciones matrimoniales y la proporcionalidad entre el activo y el pasivo (art. 1521-1º C.C.), los esposos pueden establecer cuantas convenciones quieran a la hora de regular la partición (véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 389, texto y nota 1).

que procede es una liquidación de cuentas entre la comunidad y la mujer, pues ésta conserva todos los derechos que forman parte de su patrimonio personal y, por ende, el derecho a hacer efectivas sus reservas en dinero (art. 1493-2º y 3º C.C.). A ello se añade el derecho a llevarse sus "ropas y trapos" (art. 1492-2º C.C.), entendiendo por tales todos los bienes muebles cuya afectación a la mujer impidió su entrada en la comunidad⁸⁷, y, por supuesto, sus bienes reservados (arts. 226 y 1462 C.C., modificados por la Ley de 22 de septiembre de 1942).

7.- Liquidación de las deudas y protección de los acreedores

A la hora de examinar la liquidación de las deudas que se han originado a lo largo de la existencia del régimen, hay que tener en cuenta la existencia de dos planos de relaciones: las de los cónyuges con terceros y las de los esposos entre sí.

7.1.- Derechos de los acreedores

Tras la disolución, al igual que durante la vigencia del régimen, hay que distinguir entre acreedores comunes y personales, para ver las modificaciones que la disolución impone a sus respectivos derechos.

7.1.1.- Acreedores comunes

Efectuada la partición, la porción indivisa de cada esposo se transforma en una porción divisa o concreta que se confunde en lo sucesivo con sus bienes personales.

La situación de estos acreedores se ve empeorada por el hecho de que tendrán que concurrir con los acreedores personales, pudiendo quedar pospuestos si estos últimos disponen de un privilegio o de una hipoteca⁸⁸, y por el hecho de que el marido

⁸⁷ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité pratique de droit civil français*, IX, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1960, pág. 347.

⁸⁸ MASSE, *Du caractère juridique de la communauté entre époux*, Thèse, Paris, 1902, pág. 452, y jurisprudencia a favor y en contra (PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, IX, pág. 318).

no responderá más que de parte de las deudas que hasta ese momento podían serle reclamadas en su totalidad en virtud de la confusión de patrimonios. Pero, en contrapartida, queda mejorada por el hecho de que la mujer puede ser demandada en sus bienes personales por las deudas comunes.

Así pues, los acreedores comunes pueden perseguir por la totalidad de la deuda a aquel de los esposos cuya acción dió lugar a la deuda común (arts. 1484 y 1489 C.C.), sin distinguir entre el marido y la mujer (arts. 1484 y 1486 C.C.). A lo que hay que añadir que la regla es aplicable cuando el esposo personalmente obligado fallece: sus herederos quedan obligados por la totalidad de la deuda (art. 1491 C.C.).

En consecuencia, la mujer, que hasta la disolución no podría ser demandada por las deudas comunes (art. 1428 C.C.), puede serlo en lo sucesivo. Por otra parte, y a la inversa, el marido, que hasta ese momento respondía con sus bienes propios de la totalidad de las deudas comunes nacidas de actos de la mujer (art. 1419 C.C.), no puede ser perseguido más que por la mitad (art. 1485 C.C.).

No obstante, la regla no se aplica, y la mujer sólo queda obligada por la mitad frente a los acreedores, cuando se obligó conjuntamente con el marido, es decir en los casos en que no hubo solidaridad (art. 1487 C.C.).

En cualquier caso, si uno de los esposos paga más de lo que le correspondería pagar, tiene recurso contra el otro para que le indemnice (art. 1490-2º C.C.).

Por último, si la comunidad ha sido debidamente inventariada, la mujer (o sus herederos, art. 1491 C.C.) puede limitar su obligación y contribución a las deudas al valor de su porción de activo, amparándose en el denominado "beneficio de utilidad"

(bénéfice d'émolument) que le concede el art. 1483 C.C.⁸⁹. Beneficio que surte efectos frente al marido y frente a los acreedores. En las relaciones con el marido la mujer sólo está obligada a soportar las deudas por un valor equivalente a su utilidad, sin distinguir quién contrajo la deuda⁹⁰. En las relaciones con los acreedores, la situación es la misma en cuanto a las contraídas por el marido, pero en cuanto a las causadas por ella misma, el beneficio no la ampara y queda obligada por la totalidad en favor de los acreedores (arts.1486 y 1487 C.C.).

7.1.2.- Acreedores personales

Los acreedores personales de cada cónyuge, cuyo crédito sea posterior a la disolución de la comunidad, carecen de todo derecho sobre ésta; por tanto, no pueden embargar los bienes comunes, ni siquiera en cuanto a la porción indivisa de su deudor (arts. 2205 C.C.), mientras no se haya efectuado la partición. Ahora bien, se les concede el derecho a provocar la partición (art. 1166 C.C.) y, en todo caso, efectuada ésta, tienen como garantía los bienes personales de su deudor y los comunes que se le hayan adjudicado. En cambio, no tienen ningún derecho contra el cónyuge de su deudor⁹¹.

En cuanto a los acreedores personales cuyo crédito había nacido antes de la disolución de la comunidad, y que, de haber tenido como deudora a la mujer, no podrían embargar más que la nuda propiedad de los privativos de ésta, pero que de ser su deudor el marido, tendrían derecho a embargar los bienes comunes, su situación se ve modificada al cesar la comunidad. La de los acreedores de la mujer mejora, puesto

⁸⁹ El beneficio de utilidad es una regla tradicional que, después de ser admitida primeramente por la jurisprudencia del S. XVI, fue expresamente formulada por varias *costumbres*, especialmente por el art. 228 de la de París: "El marido no puede, por contrato y obligación anteriores o durante el matrimonio obligar a su mujer sin consentimiento de ésta, por más que la cantidad que ella o sus herederos reciban de la comunidad, siempre que después del fallecimiento de uno de ellos se practique un inventario en debida forma, y que no haya fraude ni culpa por parte de la mujer o sus herederos".

⁹⁰ Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, págs. 29 y 303.

⁹¹ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob.cit.*, IX, pág. 317.

que en adelante tienen acción contra la plena propiedad de sus bienes privativos y de los comunes que le hayan correspondido. La de los del marido resulta, en cambio, empeorada pues, al extinguirse la confusión de patrimonios, su acción persecutoria se limita a los privativos del marido y a la porción de los comunes que le haya sido adjudicada.

En cualquier caso, concurren en pie de igualdad con los acreedores comunes, pero sólo en cuanto a la porción de comunidad atribuida a su deudor, nunca sobre la del otro cónyuge.

7.2.- Regulación de los créditos entre cónyuges

En el transcurso del régimen uno de los cónyuges puede convertirse en acreedor del otro, señalándose como principales causas de esos créditos las siguientes: que uno haya pagado una deuda personal del otro (artss. 1409-2º, 1419 y 1478 C.C.); que ambos hayan constituido conjunta o solidariamente una dote en favor de uno de sus hijos, y que uno haya pagado una cantidad superior a la que le correspondía (art. 1438-2º C.C.); por virtud de una donación hecha por un cónyuge al otro y que no sea exigible hasta la disolución de la comunidad (art. 1480 C.C.); el luto de la viuda (art. 1481 C.C.) y, por último, los daños y perjuicios debidos en caso de divorcio o de separación de cuerpos por el culpable al otro (arts. 1382 y ss. C.C.).

Los créditos personales de un cónyuge pueden ejecutarse sobre los bienes privativos del otro, así como sobre los comunes que le hayan correspondido. La ejecución no puede efectuarse hasta que no se haya disuelto la comunidad (arg. arts. 1478 y 2205 C.C.)⁹². Y, además, a diferencia de las compensaciones entre la comunidad y los esposos, la liquidación de los créditos entre cónyuges queda sujeta a las normas de derecho común, no habiendo más previsión legal sobre ellos que la no producción de intereses de pleno derecho a partir de la disolución (art. 1479 C.C.).

En cualquier caso, el cónyuge acreedor del otro tiene como garantía, al igual

⁹² AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 197 y jurisprudencia allí citada.

que los restantes acreedores personales de su cónyuge, los bienes privativos de éste y la porción de los comunes que le haya correspondido (arts.1478 y 1480 C.C.).

IV.- MODIFICACIONES CONVENCIONALES AL REGIMEN LEGAL

En aplicación del principio de la libertad de las capitulaciones matrimoniales, el Código civil permitió a los futuros esposos imponer, por pactos capitulares, las modificaciones que estimasen convenientes a las reglas legales de la comunidad, concernientes al activo y al pasivo común (arts. 1497-1º y 1527-1º C.C.).

En los arts 1497 y siguientes se incluyeron las más importantes y frecuentes, pero sin por ello establecer un *numerus clausus*. Las modificaciones podían aumentar o restringir el activo y el pasivo, pero en ningún caso podían alterar el funcionamiento general del régimen, es decir, las normas relativas a la administración (art. 1528 C.C.).

1.- Modificaciones del activo

1.1.- Cláusulas extensivas

1.1.1. Cláusula de aportación de los inmuebles como muebles

La cláusula de "ameublisement" o de aportación de los inmuebles como muebles es aquella por la que los esposos amplían el activo de la comunidad, haciendo entrar en la misma, en todo o en parte, bienes inmuebles que, en principio, tienen el carácter de privativos (art. 1505 C.C.).

El "ameublisement" puede ser de carácter determinado o indeterminado (art. 1506 C.C.). Es determinado cuando tiene por objeto sólo inmuebles especialmente indicados o una parte alícuota de los mismos (art. 1506-2º C.C.). Es indeterminado cuando el cónyuge simplemente declara incluir en la comunidad el valor de sus inmuebles hasta una cierta cantidad (art. 1505-3º C.C.).

Cuando es determinado, los inmuebles incluidos en la comunidad se equiparan a los bienes muebles (art. 1507-1º C.C.) y, en consecuencia, el marido puede enajenar la totalidad de los inmuebles aportados por la mujer (art. 1507-2º C.C.) y los acreedores del marido y los de la comunidad pueden embargarlos. Si el inmueble es

incluido solamente en parte de su valor, el marido no puede enajenarlo sin el consentimiento de la mujer, pero sí puede hipotecarlo por ese valor sin necesidad de dicho consentimiento (art. 1507-3º y 4º C.C.).

Cuando es indeterminado, el cónyuge que realiza la aportación conserva la propiedad del mismo, siendo deudor de la comunidad solamente por la suma que representa el importe de la aportación de los inmuebles como muebles (art. 1508-1º C.C.).

1.1.2.- Cláusula de comunidad universal

Existe cláusula o pacto de comunidad universal cuando los cónyuges estipulan en capitulaciones que todos sus bienes presentes y futuros, bien sólo los presentes, bien sólo los futuros, tendrán la condición de comunes (art. 1526 C.C.).

En lo que respecta al funcionamiento del régimen, el art. 1528 C.C. establece su sumisión a las reglas por las que se rige la comunidad legal.

No obstante la absorción de todos los bienes por la comunidad, hay ciertos bienes que siguen siendo privativos: los donados o legados a los cónyuges con exclusión de la comunidad (arts. 1401-1º C.C.); los bienes de uso estrictamente personal; los subrogados en las dos categorías anteriores, y los bienes inalienables.

1.2.- Cláusulas restrictivas

1.2.1.- Cláusula de "realización" del mobiliario

Es aquella por la que los cónyuges pueden excluir de la comunidad todos sus muebles presentes y futuros (art. 1500-1º C.C.).

Los bienes muebles excluidos tienen el carácter de privativos. Sobre la base de los arts. 1498 C.C. (adopción de la sociedad de gananciales), 1500 C.C. (cláusula de realización) y 560 C. com. (restitución en especie de valores mobiliarios en caso de quiebra del marido) la doctrina y la jurisprudencia consideran que la exclusión afecta

a la propiedad misma del bien y no solamente a su valor⁹³. Como consecuencia de ello, el cónyuge se beneficia del aumento de valor y sufre las pérdidas y deterioros; el marido no puede enajenar los muebles excluidos por su mujer; los acreedores del marido y de la comunidad no pueden embargar los muebles excluidos por la mujer, y a la disolución de la comunidad, la restitución de los muebles "realizados" se hace en especie, no en valor.

Sin embargo, hay excepciones pues, a pesar de haber sido excluidos, hay bienes que entran en comunidad, adquiriendo el cónyuge afectado un derecho de restitución de ese valor. En concreto entran en comunidad: los muebles consumibles, los destinados a ser vendidos y los muebles estimados. La suma objeto de la restitución será el importe de la estimación en el caso de los estimados y en el de los demás, el valor correspondiente de las cosas del mismo género (art. 587 C.C.).

1.2.2.- Cláusula de aportación

Es el pacto por el cual uno de los cónyuges se obliga a incluir un bien en la comunidad. Esta cláusula lleva implícita la exclusión de todos los muebles no ofrecidos en la aportación. Puede presentarse de dos formas: limitada a uno o varios bienes, aportación en propiedad (art. 1511 C.C.), referida a una suma de dinero (art. 1511 C.C.) o a bienes muebles por una suma determinada, aportación en valor (art. 1500-2º C.C.).

La aportación en propiedad, al tiempo que implica la exclusión de los bienes no contenidos en la aportación, supone, para el cónyuge que la suscribe, la obligación de transferir a la comunidad la propiedad de los bienes aportados⁹⁴ y, como consecuencia, la obligación de garantía para el caso de evicción.

La aportación en valor no impide la entrada de los bienes en la comunidad, pero a la disolución de ésta, el cónyuge tendrá derecho a recuperar la diferencia de

⁹³ Véase, por todos, PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob.cit.*, VIII, págs. 322-323.

⁹⁴ A tenor del art. 1138 C.C., la obligación se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes.

valor entre lo ingresado y la cantidad prometida (arts. 1500–2º y 1503 C.C.).

El promitente es deudor, cara a la comunidad, de las sumas prometidas como aportación (art. 1501 C.C.). Por tanto, si sus bienes muebles son insuficientes, estará obligado a completar lo prometido.

La prueba de la aportación se resuelve en los arts. 1502 y 1504 C.C.. Según el art. 1502, la aportación del marido queda justificada por la declaración que haga en capitulaciones sobre el valor de sus muebles; la de la mujer se justifica con el recibo que le entrega el marido o quien la dotó. En cuanto a la deducción de la suma sobre los bienes futuros, el art. 1504 dispone que el mobiliario que adquieran los cónyuges durante el matrimonio deberá ser inventariado: si el marido no puede justificar el valor de sus muebles mediante inventario u otro documento escrito, no podrá ejercer su derecho de predetracción. La mujer puede justificar su aportación mediante título, pruebas y presunciones e, incluso, por fama pública.

2.– Modificaciones del pasivo

Al igual que en lo referente al activo de la comunidad, las cláusulas pueden ser extensivas y restrictivas, pero en este caso la libertad es menor. Los pactos permitidos no pueden tener como objeto las deudas contraídas por los cónyuges constante el régimen, siendo nulas todas las cláusulas que vayan en contra del régimen previsto por el Código (art. 1388 C.C.).

2.1.– Cláusulas extensivas: La comunidad universal

Al pactar que todos los bienes presentes y futuros pasan a ser comunes, todo el pasivo anterior, incluyendo el inmobiliario, y todas las cargas de las herencias y donaciones pasan a ser responsabilidad de la comunidad.

Sin embargo, quedan excluidas: las deudas de la mujer, anteriores al matrimonio y carentes de fecha cierta (art. 1410 C.C.); las contraídas por la mujer durante el matrimonio sin consentimiento del marido (art. 1426 C.C.); las resultantes del reconocimiento por la mujer, después del matrimonio, de un hijo natural (art. 337

C.C.) y las cargas impuestas a las donaciones o herencias recibidas por la mujer con exclusión de la comunidad (art. 1411 C.C.). Por último, y en cualquier caso, los cónyuges deben compensación a la comunidad por toda deuda que ésta pague y de la cual hayan obtenido algún beneficio personal⁹⁵.

2.2. Cláusulas restrictivas

2.2.1.- Cláusula de separación de deudas

Prevista en el art. 1497-1º C.C., tiene como finalidad excluir de la comunidad la totalidad o una parte del pasivo presente y futuro.

El Código civil establece una correlación entre el mobiliario presente y futuro, y el pasivo anterior y futuro (arts. 1409, 1411 y 1414 C.C.), por lo que hay que admitir que, en todos los casos en los que los futuros esposos hayan excluido de la comunidad el mobiliario, bien presente, bien futuro, sus deudas mobiliarias anteriores, o sus deudas tanto muebles como inmuebles que graven las sucesiones, donaciones o legados mobiliarios recibidos por ellos durante la comunidad, quedan igualmente excluidas de ésta⁹⁶.

La separación de deudas afecta tanto a las deudas en favor de terceros, como a las de los cónyuges entre sí.

Dicha separación se contrae al capital y a los intereses devengados antes del matrimonio. Según el art. 1512 C.C., la separación de deudas no impide que la comunidad se vea gravada con los intereses y plazos que corran después de celebrado el matrimonio.

En lo que a las relaciones entre cónyuges se refiere, el art. 1501-1º C.C. establece que si se prueba que la comunidad se ha hecho cargo de una deuda excluida de ella, el cónyuge deudor, a la disolución de la misma, deberá indemnizarla mediante compensación. Si la deuda se ha pagado durante la comunidad, se presume que ha sido

⁹⁵ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, págs. 432-433.

⁹⁶ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, pág.417.

saldada con dinero común, y, por tanto, el cónyuge deudor, si no quiere pagar la compensación, debe probar que la liberación se hizo con su dinero privativo. Si se trata de deudas de la mujer, ésta tendrá que pagar la compensación aun cuando renuncie a la comunidad⁹⁷. Cuando se trata de una obligación entre marido y mujer, el deudor tendrá que indemnizar al otro con una suma igual a la totalidad, o sólo a la mitad, según la mujer haya aceptado o no la comunidad⁹⁸.

En lo que a los acreedores se refiere, hay que señalar que pueden intentar el cobro sobre los bienes muebles de su deudor, aun cuando hayan entrado en la comunidad⁹⁹. Según el art. 1510-2º C.C. es indiferente que los bienes hayan sido o no inventariados, pero como en la práctica se confunden con los demás bienes comunes, el cónyuge deudor tendrá que demostrar cuáles son los bienes que aporta y cuáles los comunes y, si no lo justifica, los acreedores podrán embargar todos los bienes.

2.2.2.- Cláusula de aportación libre de gravámenes

Esta cláusula no tiene como finalidad el excluir de la comunidad las deudas de los esposos, sino el afirmar que la aportación no está gravada por ninguna deuda, o por ninguna deuda distinta de las que se han hecho constar en las capitulaciones.

Esta cláusula no surte efectos de cara a los acreedores, y por ello no impide que puedan intentar el cobro sobre los bienes comunes, incluidos los muebles procedentes del otro cónyuge¹⁰⁰.

En las relaciones de los cónyuges entre sí resulta que el esposo, cuya aportación declarada libre de deudas estaba gravada, debe indemnizar al otro con sus bienes personales y con su porción de la comunidad por el perjuicio causado (art.

⁹⁷ Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, págs. 363-364.

⁹⁸ AUBRY & RAU, *ob.cit.*, VIII, pág. 364, nota 10, y PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob.cit.*, VIII, pág. 422.

⁹⁹ Recuérdesse que si son deudas de la mujer, es preciso que tengan fecha cierta anterior al matrimonio (art. 1410 C.C.).

¹⁰⁰ Véase, por todos, COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, VI, pág. 275.

1513-1º C.C.). La acción de indemnización no se ejercitará hasta la disolución de la comunidad. Sin embargo, el art. 1513-2º C.C. establece una excepción a favor del marido cuando la aportación es de la mujer: el marido puede actuar durante el matrimonio contra los autores de la declaración que se hayan constituido en garantes de la mujer.

3.- Modificación del activo y del pasivo: La sociedad de gananciales

3.1.- Consideraciones generales

Una última modificación de la comunidad legal es la que consiste en estipular una cláusula, prevista en los arts. 1497-1º y 1498 C.C., que se refiere conjuntamente al activo y al pasivo, y que recibe el nombre de "sociedad de gananciales".

Lo característico de la sociedad de gananciales es que los cónyuges no hacen ninguna aportación en plena propiedad a la sociedad. La masa común se incrementa "con las rentas de los bienes privativos y los productos del trabajo, así como con los bienes adquiridos conjunta o separadamente por los cónyuges durante el matrimonio" (art. 1498-2º C.C.).

Las reglas generales de funcionamiento son las del régimen legal (art. 1528 C.C., y son inderogables en virtud del art. 1388 C.C.).

3.2.- Bienes gananciales

Son bienes gananciales los adquiridos a título oneroso, conjunta o separadamente, por los esposos durante la sociedad, así como los productos de su industria obtenidos en ese mismo periodo (art. 1498 C.C.). Los productos del trabajo separado de la mujer son bienes reservados y quedan sometidos al mismo régimen que en el caso de la comunidad legal (arts. 224 y ss. C.C.).

Se pueden especificar, como lo han hecho la doctrina y la jurisprudencia¹⁰¹, los

¹⁰¹ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, págs. 313-320; PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, págs. 440-448.

siguientes: la propiedad (derecho de autor) de las composiciones literarias, científicas o artísticas ; las recompensas prometidas a un cónyuge por servicios prestados; los Oficios ministeriales conferidos gratuitamente al marido durante el régimen¹⁰²; la empresa fundada por uno de los cónyuges constante la sociedad, aunque quedando siempre a salvo su calificación como bien reservado si la fundó la mujer; las participaciones sociales de un cónyuge en una sociedad a la que haya aportado su industria; las ganancias procedentes de especulaciones comerciales, y las ganancias de juego y los premios de lotería¹⁰³.

3.3.– Bienes privativos

El activo propio de los esposos, también según la doctrina y la jurisprudencia¹⁰⁴, comprende: todos los bienes muebles que los cónyuges poseían a la celebración del matrimonio; todos los bienes muebles que reciban durante el matrimonio por donación, herencia o legado, así como los beneficios debidos al azar; los incrementos de los bienes privativos, con independencia de los bienes empleados, y a reserva del derecho de reembolso que pudiera tener la sociedad; el derecho de suscripción preferente de acciones si al menos la mitad del precio fue pagado con dinero privativo, y las acciones, incluidas en el fondo de reserva de la sociedad, poseídas por un cónyuge

3.4.– Afectación de los bienes

Los bienes privativos responden de todas las deudas anteriores de los cónyuges, así como de las que graven las sucesiones, donaciones y legados que reciban durante la vigencia del régimen (art. 1498 C.C.).

¹⁰² A pesar del carácter gratuito, se consideran gananciales por razón del valor económico que representan, y que constituye una remuneración por servicios prestados. Así, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 314, y PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, pág. 445.

¹⁰³ La inclusión se justifica por el hecho de que siempre supone un cálculo, "una actividad intelectual por mínima que sea" (AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, págs. 315–316, y PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, VIII, págs. 446–448).

¹⁰⁴ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob.cit.*, VIII, págs. 448–460.

Los bienes gananciales, por su parte, responden de los intereses y plazos del pasivo privativo (arts. 1409–5º y 1512 C.C.) y de todas las deudas contraídas durante el matrimonio, bien por el marido, bien por la mujer, con autorización del marido (art. 1426 C.C.) o con autorización judicial (arts. 217 y 1427 C.C.), quedando a salvo la compensación debida si las deudas se contrajeron en interés personal de uno de los cónyuges.

Como consecuencia de la separación, exista o no un inventario de bienes muebles, cada cónyuge responde de la totalidad de su pasivo anterior y futuro.

En las relaciones con los acreedores hay que distinguir entre las deudas del marido y las de la mujer. Los acreedores del marido pueden intentar el cobro sobre los bienes comunes y sobre sus privativos. Los de la mujer, sin embargo, se encuentran con ciertas trabas: si el mobiliario aportado por la mujer, o recibido después, ha sido inventariado, no pueden embargar los bienes comunes; por el contrario, si no han sido inventariados, habida cuenta de su confusión con los gananciales, sí pueden embargar los bienes comunes¹⁰⁵.

3.5.– Prueba de las aportaciones de bienes muebles

Todos los bienes que los esposos poseen a la disolución de la sociedad conyugal, y todos los que han poseído durante la misma, se reputan gananciales salvo prueba en contrario (art. 1499 C.C.).

Cada cónyuge puede recobrar su aportación en muebles, pero sólo si ésta ha sido debidamente justificada (art. 1498–2º C.C.), recayendo la carga de la prueba de la propiedad sobre el esposo que reclama la restitución de la aportación realizada.

Un cónyuge puede, frente al otro, demostrar por todos los medios de prueba qué bienes poseía a la celebración del matrimonio.

Los bienes recibidos constante la sociedad, deben ser inventariados por el

¹⁰⁵ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, págs. 326–329.

marido. Sin embargo, aun habiendo sido inventariados, cabe la posibilidad de prueba en contrario en la forma prevista por el art. 1341 C.C.: escritura privada o documento notarial.

Si el marido no efectúa el inventario cuando se trata de herencias o donaciones mobiliarias recibidas por la mujer, ésta o sus herederos, pueden probar frente al marido, o sus herederos, con todo medio de prueba, el valor mobiliario recibido e incluso la propia existencia de la donación (art. 1504-3º C.C.). Si el receptor es el marido, y tampoco hizo el inventario, no puede emplear la prueba de testigos ni apelar a la notoriedad pública, únicamente le está permitido alegar títulos válidos.

V.- REGIMENES DISOCIATIVOS

1.- Consideraciones generales

El Código civil enumera tres regímenes que no comportan comunidad alguna de bienes: el llamado régimen sin comunidad (art. 1529), el régimen de separación de bienes (art. 1529) y el régimen dotal (arts. 1540 y ss.).

Estos tres regímenes tienen como característica común el que no existe ninguna masa de bienes que sea copropiedad de los esposos y que deba ser repartida a la disolución del matrimonio. Sólo existen dos patrimonios: el del marido y el de la mujer, que, en cuanto a su activo y su pasivo, se mantienen jurídicamente independientes y separados.

Sin embargo, existen entre ellos importantes diferencias. Mientras que bajo la separación de bienes el marido no adquiere ningún derecho ni facultad alguna sobre la fortuna de la mujer, bajo el régimen sin comunidad todos los bienes de la mujer son dotales, perteneciendo su usufructo al marido, quien los administra por cuenta de ella. El régimen dotal es intermedio entre los otros dos: en principio, los bienes de la mujer se encuentran sujetos al régimen de separación (bienes parafernales), pero la mujer aporta una dote, cuya administración y disfrute tiene el marido (bienes dotales).

2.- Régimen sin comunidad

En el régimen sin comunidad cada uno de los esposos conserva para sí la propiedad de todo su patrimonio y no se establece entre ellos ninguna sociedad; sus deudas permanecen separadas y las adquisiciones hechas por cada uno de ellos durante el matrimonio, sea cual sea el título adquisitivo, son exclusivamente suyas. Pero, a diferencia de lo que sucede en el régimen de separación, el marido tiene la administración de todos los bienes de la mujer (arts.1530 y 1531 C.C.) y, para hacer frente a los gastos para el mantenimiento de la familia, la ley confiere al marido el usufructo de tales bienes (art.1530 C.C.).

Ante el laconismo del Código en cuanto al funcionamiento de este régimen, la doctrina se vió en la necesidad de fijar qué reglas debían aplicarse al mismo. Y así, partiendo del dato de la inclusión de este régimen en un precepto de los dedicados a las modificaciones convencionales del régimen de comunidad, la doctrina consideró que debían aplicarse las normas del régimen legal¹⁰⁶, si bien algunas de éstas no podían aplicarse, precisamente, por no existir una masa común.

Al igual que bajo el régimen de la sociedad de gananciales, la mujer conserva la propiedad de todas sus aportaciones, y el marido no puede enajenarlas, debiendo restituirlas en especie a la disolución del régimen (art. 1531 C.C.). Sin embargo, el marido adquiere la propiedad de los bienes consumibles al primer uso (art. 1532 C.C.).

Al igual que no existe activo común, no hay deudas comunes: cada esposo responde de sus deudas.

El marido no está obligado a pagar las deudas de la mujer en cuanto al capital, aunque sí, en su condición de usufructuario, en cuanto a los intereses (arts.612 y 1409-3º C.C.).

Los acreedores de la mujer no tienen, en principio, más garantía que los bienes de su deudora. Sin embargo, si los muebles de la mujer se han confundido con los del

¹⁰⁶ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 409, texto y nota 2.

marido, sin que éste haya hecho un inventario, los acreedores de la mujer pueden embargar todos los bienes muebles que se encuentren en posesión del marido¹⁰⁷.

A la inversa, la mujer, salvo si se ha obligado conjuntamente con el marido, no está obligada a pagar las deudas de éste. Pero, al estar sus bienes muebles en poder del marido, los acreedores de éste podrán embargarlos, si la mujer no puede probar su propiedad¹⁰⁸.

A la terminación del régimen, el marido o sus herederos están obligados a restituir a la mujer, o a sus herederos, todos los bienes que el marido administraba y disfrutaba (art. 1531 C.C.).

La prueba de las restituciones compete a la mujer, pues quien reclama el cumplimiento de una obligación, debe probarla (art. 1315 C.C.).

La ley sólo ha previsto expresamente la cuestión para el caso de quiebra del marido. El art. 560 C. com. dispone que la mujer no puede hacer efectivas sus restituciones en especie en perjuicio de la masa, salvo si aporta prueba en la forma indicada en el art. 1499 C.C., es decir, según las normas de derecho común frente a terceros, y en las relaciones internas con la presentación del recibo entregado por el marido o por quien la dotó (art. 1502 C.C.).

3.- Régimen de separación de bienes

3.1.- Caracteres y efectos generales

Al elegir el régimen de separación de bienes, opción que han de expresar claramente, pues si se limitan a excluir la comunidad, quedan sujetos al régimen sin comunidad (art.1530 C.C.), se produce una exclusión de toda idea asociativa, que está recogida en el art.1536 C.C.: la mujer conserva la administración, el disfrute y la libre disposición de sus bienes privativos. A continuación, el art.1537 C.C. establece la contribución a los gastos de la familia "según lo que hubieran pactado en

¹⁰⁷ Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob.cit.*, VIII, pág. 410.

¹⁰⁸ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, IX, pág. 414.

capitulaciones, y, en defecto de pacto, en la proporción fijada en el art. 214 C.C."; precepto que establece una contribución proporcional a los recursos respectivos.

Al no existir ninguna asociación de intereses entre los cónyuges, y al no tener el marido ningún derecho sobre los bienes de la mujer, las relaciones económicas de los esposos son las mismas que entre personas no casadas. Por consiguiente, cada cónyuge conserva la propiedad de todos sus bienes presentes, y los adquiridos durante el matrimonio son de propiedad del que figure como parte en el acto, si bien la jurisprudencia tiene sentado que si un cónyuge actuó como mandatario del otro, el propietario lo será el mandante, de conformidad con el derecho común¹⁰⁹. La regla se aplica especialmente a las adquisiciones realizadas por la mujer, con la excepción, sin embargo, en caso de quiebra del marido, de la presunción establecida en el art. 559 C. com.¹¹⁰. Hay separación absoluta de deudas, y descartando los supuestos de mandato conferido por un cónyuge al otro, los acreedores de un esposo no tienen derecho a embargar los bienes del cónyuge no deudor. Por último, los créditos entre cónyuges se regulan por los principios del derecho común y no conforme a la teoría de las compensaciones, pues no hay patrimonio indiviso ni confusión de bienes en manos del marido, y por tanto el pago de los créditos puede ser pedido incluso durante el matrimonio.

3.2.- Prueba de la propiedad de los bienes

El Código no impone a los cónyuges la obligación de practicar un inventario de sus bienes muebles. Sin embargo, la falta del mismo tiene como consecuencia que los acreedores de uno de ellos pueden embargar todo el mobiliario poseído

¹⁰⁹ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, IX, pág. 434.

¹¹⁰ "Sea cual sea el régimen económico del matrimonio, se presume que los bienes adquiridos por la mujer del quebrado pertenecen a su marido, se han pagado con su dinero, y deben ser incluidos en la masa, salvo prueba en contrario aportada por la mujer".

Este precepto fue modificado por el art. 106 del Decreto-ley de 20 de mayo de 1955, que extendió la presunción a ambos cónyuges: "los bienes adquiridos durante el matrimonio por el cónyuge del comerciante quebrado se presumen adquiridos por el comerciante quebrado con dinero procedente del ejercicio del comercio y deben ser incluidos en la masa activa, salvo prueba en contrario por escrito, y a reserva de las disposiciones del art. 224 C.C.". Véase *infra* Capítulo IV, apdo. A) III, 4.4.

conjuntamente por los esposos, pudiendo, no obstante, el no deudor, detraer aquellos bienes cuya pertenencia pueda justificar¹¹¹.

La prueba debe hacerse de acuerdo con las reglas del derecho común. Por tanto es aplicable el art. 2279 C.C., en materia de muebles, la posesión equivale a título; presunción que es eficaz frente a terceros. Sin embargo, el art. 560 C. com. establece un excepción: cuando el marido es declarado en quiebra, y la mujer reivindica sus bienes muebles frente a la masa, tiene que destruir la presunción mediante inventario u otro documento auténtico.

Por otra parte, es frecuente que se establezcan presunciones de propiedad en las capitulaciones matrimoniales. En general, se estipula que el esposo que no se presume propietario no podrá reivindicar los muebles si no justifica la propiedad con los títulos correspondientes. Sin embargo, en las relaciones con terceros se admite que intente la prueba por todos los medios¹¹². En todo caso, estas cláusulas no pueden surtir efecto alguno frente a la masa en caso de quiebra (art. 559 y 560 C.com. y, posteriormente, arts. 105 y 106 del Decreto-ley de 20 de mayo de 1955)¹¹³..

3.3.- Adición de una sociedad de gananciales

La conjunción de ambos regímenes, autorizada por el art. 1387 C.C. –libertad de las capitulaciones– implica una superposición normativa¹¹⁴.

De la separación de bienes hay que tomar las reglas sobre administración y usufructo de los bienes privativos de la mujer, así como, antes del reconocimiento de la capacidad civil de la mujer por la Ley de 18 de febrero de 1938, las relativas a la capacidad de ésta. En consecuencia, la mujer tiene plena capacidad para administrar

¹¹¹ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, IX, págs. 436–437.

¹¹² MOISSINAC, *Le contrat de mariage de séparation de biens*, Thèse, Paris, 1920, págs. 128 y 183.

¹¹³ Véase infra Capítulo IV, apdo. A) III, 4.3 y 4.4.

¹¹⁴ MOISSINAC, *Le contrat de mariage...*, cit., pág.105.

sus bienes, conservando el usufructo de los mismos¹¹⁵. El pasivo anterior y el que grave los bienes que reciban durante el matrimonio, son privativos. El marido no puede ejercitar las acciones mobiliarias, que competen a la mujer. En cambio, es garante de la falta de reinversión del precio de los bienes vendidos por la mujer (art. 1450 C.C.)¹¹⁶.

Del régimen de gananciales hay que tomar las siguientes: Entre los cónyuges existe un activo común, partible a la disolución del régimen. Conforme al art. 1498 C.C. ese activo incluye el exceso de los beneficios y rentas de los cónyuges sobre los gastos para el mantenimiento del hogar y los ahorros que hagan; los bienes muebles o inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, a excepción de los bienes subrogados por vía de permuta o reinversión, y los donados o legados con cláusula de inclusión en la sociedad. En caso de litigio sobre la propiedad de un bien determinado, se aplica la presunción de ganancialidad del art. 1499 C.C.¹¹⁷. Se distingue entre pasivo común y pasivo privativo, pero la sociedad no responde de los intereses de las deudas privativas de los esposos¹¹⁸. La sociedad de gananciales es administrada por el marido (art. 1421 C.C.). Los actos realizados por la mujer sólo obligan a la sociedad en los casos de autorización por el marido o de autorización judicial (arts. 217, 1426 y 1427 C.C.). La sociedad se disuelve en los mismos casos que la comunidad legal¹¹⁹.

4.- Régimen dotal

4.1.- Generalidades

El régimen dotal excluye, igualmente, toda idea de sociedad de bienes entre los cónyuges. Se distingue de los otros dos regímenes sin comunidad por el carácter particular de las facultades y derechos atribuidos al marido sobre los bienes dotales,

¹¹⁵ MOISSINAC, *Le contrat de mariage...*, cit., pág. 107.

¹¹⁶ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, IX, pág. 484.

¹¹⁷ MOISSINAC, *Le contrat de mariage...*, cit., pág. 112.

¹¹⁸ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, IX, pág. 484.

¹¹⁹ Véase supra apdo. III, 6.

y por la inalienabilidad que, en principio, afecta a dichos bienes.

El establecimiento del régimen exige una declaración expresa, que no puede plantear dudas sobre la intención de los futuros esposos (art. 1392-2º C.C. a contrario)¹²⁰.

4.2.- Bienes dotales y bienes parafernales

En el régimen dotal los bienes de la mujer son dotales o parafernales. Este régimen supone la existencia actual o, al menos, eventual de bienes dotales, pero no implica necesariamente la existencia de bienes parafernales, ya que el art. 1542 C.C. contempla la posibilidad de que la dote afecte a todos los bienes de la mujer¹²¹.

El carácter de dotales sólo lo tienen aquellos bienes a los que en capitulaciones se les atribuyó tal cualidad, y los que reciba la mujer por razón de matrimonio (art. 1541 C.C.)¹²². Ahora bien, esta regla no se aplica a las donaciones que le haga el marido. Los bienes donados por éste son parafernales aunque se haya estipulado que la dote ha de comprender todos los bienes, presentes y futuros, de la mujer¹²³.

A la inversa, todos los bienes de la mujer, que no se han constituido en dote, son parafernales (art. 1574 C.C.).

¹²⁰ "La sumisión al régimen dotal no se deduce de la declaración emitida por los futuros cónyuges, según la cual se casan sin comunidad, o se someten a la separación de bienes"

¹²¹ La dotalidad no puede extenderse a los bienes reservados, pues ello sería ir contra del art. 1388 C.C. por derogación de los derechos conferidos a la mujer que ejerce una profesión separada de la del marido.

¹²² El carácter dotal, salvo pacto en contrario, de dichos bienes, resulta de la presunción de que fueron donados para el mantenimiento de la familia. Sin embargo, la dotalidad no es predicable de los donados por razón del matrimonio pero al margen de las capitulaciones (PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, IX, pág. 510).

¹²³ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 428. En contra, PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, IX, págs. 511-512, para quienes sería necesaria una estipulación expresa a fin de conferirles la cualidad de parafernales.

4.2.1.- Bienes dotales

4.2.1.1.- Constitución y extensión

La constitución de la dote puede extenderse a todos los bienes presentes y futuros, solamente a los bienes presentes, a una parte de los bienes presentes y futuros e, incluso, a un objeto especialmente determinado (art. 1542 C.C.).

La constitución de la dote debe interpretarse restrictivamente. Así, cuando la mujer declara, en términos generales, que constituye en dote todos sus bienes, deben excluirse los bienes futuros (art. 1542-2º C.C.). Además, la constitución se hace previa deducción de las deudas que gravasen los bienes objeto de la misma, a fin de que el marido no pueda exigir a la mujer el pago de las mismas sobre los bienes parafernales¹²⁴.

El art. 1543 C.C. establece que la dote no puede ser constituida ni aumentada durante el matrimonio. En sentido contrario, y como consecuencia de la inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, tampoco puede ser reducida durante el matrimonio¹²⁵. En definitiva, la dote no puede ser modificada en sus elementos constitutivos, ni desnaturalizada en cuanto a la cualidad de los bienes que la componen por la sola voluntad de los cónyuges (arts. 1533, 1558, 1559-2º y 1595 C.C.).

4.2.1.2.- Administración

La dote es el conjunto de bienes aportado por la mujer para contribuir a los gastos originados por las necesidades de la familia, perteneciendo su disfrute al marido (art. 1549-2º C.C.), y para que éste pueda ejercer libremente sus derechos, la ley le

¹²⁴ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 433.

¹²⁵ Los cónyuges no pueden quitar el carácter de dotal a un bien que debe tenerlo conforme a las capitulaciones. Sin embargo, los terceros, que no se ven afectados por la prohibición de inmutabilidad, pueden hacer liberalidades conviniendo que los bienes donados serán parafernales y no dotales, aun cuando la mujer haya constituido en dote todos sus bienes futuros (Véase, por todos, PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, IX, págs. 520-521).

atribuye la administración de los bienes dotales (art. 1549-1º C.C.), si bien caben modificaciones convencionales.

La administración ejercida por el marido presenta los mismos caracteres que la de los bienes privativos de la mujer bajo los regímenes de comunidad y sin comunidad: se ejerce a título de mandato; el mandato es general; el marido puede delegar en la mujer, y tiene la misma duración que el régimen.

Como administrador de los bienes dotales, el marido debe actuar con la diligencia de un buen padre de familia (arts. 601 y 1562-1º C.C.), respondiendo de todos los daños que ocasione a la mujer por sus actos (art. 1562-2º C.C.), teniendo ésta la posibilidad de pedir la separación de bienes si la actuación de aquél pone en peligro su dote.

El marido tiene facultades para realizar todos los actos tendentes a conservar la dote. El art. 1549 C.C. le atribuye expresamente la facultad de percibir los reembolsos de capitales y de arrendar los inmuebles dotales.

La validez de las enajenaciones, en los casos en los que está permitida, queda supeditada a la prestación de consentimiento por la mujer (arts. 1555, 1556 y 1559 C.C.).

El art. 1549-2º le atribuye también el ejercicio de las acciones judiciales. La mujer no puede ejercitarlas en nombre propio aunque sí como mandataria del marido o en virtud de autorización judicial.

Por último, el art. 1549-2º C.C. otorga al marido el derecho a percibir los frutos e intereses de los bienes dotales¹²⁶, imponiéndole expresamente el art. 1562 C.C. las obligaciones de un usufructuario¹²⁷.

¹²⁶ El derecho de usufructo del marido es intransmisible; el marido no puede hipotecarlo, ni sus acreedores embargarlo. El fundamento de la intransmisibilidad está en la afectación de la dote a las necesidades de la familia (Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 460).

¹²⁷ Cfr. arts., 600, 605, 608 y 612 C.C.

En cualquier caso, dado que la mujer conserva la propiedad de sus bienes, los acreedores del marido no pueden embargar los bienes dotales, ya sean muebles o inmuebles, salvo que el marido haya constituido en prenda los bienes muebles de la dote en virtud de las facultades de disposición que se le conceden sobre la dote mobiliaria.

Como se ha indicado, la mujer conserva la propiedad de sus bienes dotales (art. 1566 C.C.), a lo que se añade la previsión del art. 1549-3º: los cónyuges pueden pactar que la mujer percibirá, contra su simple recibo, una porción de sus rentas para atender sus necesidades y gastos personales. Y sobre la base de esta previsión legal, la jurisprudencia autorizó a la mujer a reservarse de modo completo no sólo el disfrute de sus rentas, sino también la administración de sus bienes dotales¹²⁸. Esto supone una variación importante del funcionamiento del régimen dotal; ello equivale a decir que la mujer se encuentra totalmente separada de bienes y que no existen bienes dotales, pero que los bienes de la mujer son, sin embargo, inalienables como si fuesen dotales.

4.2.1.3.- Inalienabilidad

Según el art. 1554 C.C. los inmuebles constituidos en dote no pueden ser enajenados ni hipotecados durante el matrimonio por ninguno de los cónyuges, y lo mismo dispone el art. 5-3º C. com. (modificado por la ley de 22 de septiembre de 1942) para la dote inmobiliaria de la mujer casada comerciante.

La enajenación se sanciona con la anulabilidad. El art. 1560 C.C. concede acción revocatoria a la mujer y a sus herederos. El tercero adquirente no puede impugnar el acto, pero si no ha pagado todavía, puede rehusar el pago (art. 1653 C.C.). La anulabilidad puede ser subsanada por la mujer o sus herederos, pero sólo al término de la inalienabilidad, es decir, a la disolución del régimen.

La prohibición, sin embargo, no es absoluta. El art. 1555 C.C. permite a la mujer enajenar los inmuebles dotales para proceder al establecimiento de los hijos. Si

¹²⁸ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, IX, pág. 545. En este mismo sentido, COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, VI, pág. En contra, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 453, nota 16.

el marido no puede manifestar su voluntad o rehusa prestar su consentimiento, la mujer puede recabar la autorización judicial (arts. 217 y 219 C.C.).

Por otra parte, los cónyuges pueden solicitar autorización judicial para enajenar bienes dotales con el fin de cubrir sus necesidades o de pagar ciertas deudas. En concreto: para liberar a los cónyuges de la prisión por deudas (art. 1558-2º C.C.); para proveer de alimentos a la familia (art. 1558-3º C.C.); para el pago de deudas de la mujer y del constituyente de la dote, cuando tengan fecha cierta anterior a las capitulaciones (art.1558-4º C.C.); para efectuar reparaciones indispensables en un inmueble dotal (art.1558-5º); para permuta del fondo dotal (art. 1559) y para cesión extrajudicial en caso de expropiación por causa de utilidad pública (art. 13 de la ley de 3 de mayo de 1841).

En todo caso, los cónyuges pueden limitar la inalienabilidad en las capitulaciones, pudiendo incluso suprimir totalmente esta prohibición, si bien la jurisprudencia se ha mantenido siempre firme en el sentido de que estos pactos han de interpretarse restrictivamente¹²⁹.

4.2.1.4.- Restitución

La dote ha de ser restituida a la mujer o a sus herederos cuando no exista el matrimonio (art. 1549-1º, 1564 y 1565 C.C.) o cuando la mala administración del marido ponga en peligro dicha dote (art. 1563 C.C.).

La solicitud de restitución efectuada por la mujer está condicionada a la prueba de la recepción de la dote por el marido. Si la dote fue prometida por un tercero, la mujer podrá probar la recepción por medio de testigos o con simples presunciones¹³⁰. Si la dote, prometida por ella misma, es superior a 5.000 francos, deberá presentar el recibo que le entregó el marido (arts.1502 y 1343 C.C.). No obstante, cabe la prueba testimonial si por existencia de dolo o violencia se ve imposibilitada para presentar dicho recibo (art. 1348-4º C.C.).

¹²⁹ PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob.cit.*, IX, pág. 698.

¹³⁰ COLIN y CAPITANT, *ob. cit.*, VI, pág. 632.

Los bienes dotales deben ser restituidos en su individualidad, a excepción, sin embargo, de aquellos cuya propiedad adquirió el marido¹³¹.

La dote debe restituirse, bien a la mujer, bien a sus herederos. No obstante, debe restituirse a quien la constituyó si, estipulado el derecho de retorno, la mujer le premuere (art. 951 C.C.) y si el constituyente es un ascendiente y la mujer muere sin dejar sucesión (art. 747 C.C.).

4.2.2.- Bienes parafernales

"Todos los bienes que no están comprendidos en la constitución de dote, ni legalmente subrogados por efecto de reinversión, ni de permuta, son parafernales" (art. 1574 C.C.), correspondiendo a la mujer su disfrute y administración (art. 1576-1º C.C.).

Incluso puede suceder que la mujer carezca de todo bien dotal, sea porque la dote se integre con bienes futuros y la mujer no reciba legado ni sucesión, sea porque en las capitulaciones se pactó que todos los bienes de la mujer serían parafernales.

Las adquisiciones onerosas realizadas por la mujer le pertenecen en su totalidad. Salvo el caso de subrogación en bienes dotales, estos bienes son parafernales.

A diferencia de lo que sucede con los inmuebles dotales, los parafernales son enajenables. En consecuencia, las obligaciones válidamente contraídas por la mujer (arts. 1449-3º y 1576-2º C.C.) pueden ser saldadas sobre esos inmuebles. Ahora, si un inmueble parafernál contiene un valor dotal, sólo podrá ser enajenado previa extracción de ese valor dotal¹³².

¹³¹ Sobre la casuística de la restitución, véase PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, IX, págs. 750-790.

¹³² La categoría de los bienes parafernales que contienen el valor de una dote mobiliaria (dote inclusa o representación de la dote por los parafernales) es fruto de la construcción jurisprudencial de principio del S. XIX. La dote no se contrae al bien mismo, que, por ser parafernál es enajenable y embargable, pero afecta al valor dotal, que se encuentra contenido en dicho bien y no puede verse comprometido por los

La prueba de la aportación del mobiliario parafernial se realiza según las reglas ya vistas para la de los muebles de cada cónyuge en el régimen de separación¹³³.

Aunque la mujer conserva el disfrute y la administración de sus parafernales, puede conceder mandato al marido para que los administre. Este mandato es irrevocable, salvo que se produzca una separación de bienes, si se otorgó en las capitulaciones matrimoniales. Por el contrario, si se constituyó en un momento posterior, es revocable.

4.3.- Adición de una sociedad de gananciales

Aun sometiéndose al régimen dotal, los cónyuges pueden estipular una sociedad de gananciales (art. 1581 C.C.), que se regirá por las normas ya vistas de los arts. 1498 y 1499 C.C.. Dicha estipulación es accesoria al régimen dotal y no supone ninguna derogación de los principios que rigen la condición de los bienes.

La mujer conserva, salvo pacto en contrario, la administración y disfrute de los bienes parafernales, pero con la obligación de entregar al marido, administrador de la sociedad de gananciales (art. 1421 C.C.), los ahorros realizados con sus rentas.

VI.- LOS BIENES RESERVADOS¹³⁴

1.- Delimitación

Tras la ley de 13 de julio de 1907, sobre el libre salario del mujer casada y la contribución de los cónyuges a las cargas del matrimonio¹³⁵, cuyas disposiciones, como

actos de la mujer; ese valor, como todos los bienes dotales, ha de conservarse, especialmente debe quedar a cubierto de los acreedores.

¹³³ Véase supra apdo. V, 3.2.

¹³⁴ La locución "bienes reservados", procedente de los arts. 1365 y ss. del BGB -Vorbehaltsgut- (véase infra capítulo II, nota 43), no figura en el título de la ley de 1907 ni el texto fundamental de la misma, o sea, en su art. 1º; sin embargo aparece en los arts. 3-1º, 4 y 5.

¹³⁵ Sobre la historia de la ley de 1907, véase PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, IX, págs. 646-657 y la bibliografía allí citada.

ya se ha indicado, fueron incorporadas al Código civil por la ley de 22 de septiembre de 1942 –arts. 212 a 226–, es preciso hacer una distinción, en el patrimonio de la mujer casada, entre los bienes procedentes del ejercicio de una profesión separada de la del marido¹³⁶ y los procedentes de cualquier otra fuente¹³⁷.

Los bienes procedentes del ejercicio de una profesión separada de la del marido reciben el nombre de **bienes reservados** (art. 224 C.C.), y, sea cual sea el régimen el régimen económico del matrimonio, la mujer tiene sobre ellos plenos poderes de disposición.

Se consideran bienes reservados: los que constituyen pura y simple remuneración del trabajo, tales como salarios, ganancias, derechos de autor y productos de patentes y los créditos correspondientes¹³⁸; los que puedan estimarse como accesorios de los anteriores, es decir, dietas de residencia y desplazamiento, comisiones, gratificaciones usuales, plus de productividad, etc.; los que sean fruto de una combinación del trabajo de la mujer con el empleo o colocación de capitales; los que proceden indirectamente de su trabajo, es decir, pensiones, indemnizaciones, etc., y los ahorros que haga con los productos de su trabajo¹³⁹.

Ahora, sólo son bienes reservados los obtenidos durante el matrimonio. Los adquiridos con anterioridad, si el régimen es el legal, pasan a ser comunes si son

¹³⁶ La ley de 13 de julio de 1907 no derogó ni el antiguo art. 217 C.C., ni el art. 4 C. com. de forma que, para ejercer una profesión, la mujer, salvo en caso de separación de cuerpos (art. 311 C.C.), necesita licencia de su marido para trabajar y, sobre todo para el ejercicio del comercio.

¹³⁷ Para una crítica de la no extensión de los bienes reservados al marido, así como del elemento de desorden que dicha institución supone, véanse SOLUS, "Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942", cit., pág. 95, y PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, IX, pág. 668.

¹³⁸ Solución explicitada en el art. 25-4º de la Ley de 11 de marzo de 1957 sobre la propiedad artística y literaria.

¹³⁹ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, IX, págs. 665–669.

bienes muebles¹⁴⁰. Por otra parte, los bienes reservados mantienen su carácter aunque la mujer deje de ejercer su profesión¹⁴¹.

2.- Facultades de la mujer

La mujer tiene sobre sus bienes reservados los mismos poderes que una mujer casada en régimen de separación de bienes tiene sobre sus privativos, es decir, la administración, el disfrute y la libre disposición (art. 224-2º C.C.).

Sin embargo, dado que a la disolución del matrimonio los bienes reservados pasan a ser comunes (art. 226-º C.C.) y que, salvo renuncia de la mujer a la comunidad (art. 1462 C.C.), deben ser incluidos en la masa liquidable, el marido puede atacar por fraudulentos respecto a él los actos de la mujer tendentes a sustraer bienes reservados a la masa. No obstante, ni aun en caso de abuso, pueden serle retirados a la mujer los poderes sobre sus bienes reservados¹⁴². Unicamente en el caso de que la mujer se encontrase imposibilitada para manifestar su voluntad podría haber la posibilidad de que el marido, obteniendo la autorización judicial prevista en el art. 219 C.C., interviniese en la gestión de los bienes reservados.

3.- Inexistencia de un pasivo propio

Aceptado que los bienes reservados no constituyen un patrimonio de afectación¹⁴³, dichos bienes responden indistintamente de todas las deudas de la mujer, es decir, sean anteriores o posteriores al matrimonio y tengan o no relación con la profesión ejercida (art. 225 C.C.).

¹⁴⁰ Art. 1401-1º C.C.: la comunidad se compone activamente... de todo el mobiliario poseído por los esposos.

¹⁴¹ THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial...*, cit., pág. 131.

¹⁴² La posibilidad de retirarle los poderes estaba prevista en el art. 2 de la Ley de 1907, pero fue suprimida por la ley de 22 de septiembre de 1942.

¹⁴³ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, IX, pág. 672. En contra, NAST, en la 1ª ed., pág. 858.

Evidentemente, en un régimen de comunidad, la existencia de bienes reservados mejora la posición de los acreedores de la mujer¹⁴⁴, pues a la nuda propiedad de los bienes privativos se añade la plena propiedad de los bienes reservados como garantía de sus créditos.

Dado que la mujer debe contribuir al mantenimiento de la familia en la medida de sus recursos (art. 214 C.C.), de los cuales forman parte los bienes reservados, los acreedores del marido y los de la comunidad, pueden intentar el cobro de sus créditos sobre los bienes reservados cuando la obligación se ha contraído, bien por la mujer, bien por el marido, en interés de la familia (art.225-2º C.C.)

4.- Prueba de la procedencia

Dado que los bienes reservados están sujetos a una regulación jurídica especial, las cuestiones de prueba ofrecen especial importancia, tanto para los propios esposos como para los terceros.

En aplicación del principio general (art. 1315 C.C.), la carga de la prueba incumbe al interesado en demostrar el carácter reservado del bien, es decir, según los casos, a la mujer, a sus causahabientes y a los acreedores del marido que, bajo cualquier régimen que no sea el de comunidad, quieran aprehender los bienes de la mujer.

La prueba de que un bien es reservado depende de la constatación previa de dos hechos: que la mujer ejerce una profesión separada y que tal o cual bien representa una ganancia obtenida en el ejercicio de esa profesión o por subrogación real de un producto de su trabajo.

En lo que a los medios de prueba se refiere, el art. 224-3º C.C. dispone que el origen y consistencia de los bienes reservados se establecen frente al marido y frente a los terceros por los medios de prueba del derecho común.

¹⁴⁴ Cuando se disuelve el régimen y la mujer acepta la comunidad, los bienes reservados aumentan igualmente la garantía de los acreedores del marido, pero nunca antes de la disolución y aceptación.

La prueba del ejercicio de una profesión separada es una cuestión poco relevante: la notoriedad es probatoria; y lo es especialmente en el caso de ejercicio de comercio, una vez organizada la inscripción en el registro mercantil¹⁴⁵. En cuanto a la prueba de que el bien procede de su trabajo, si la mujer está casada en régimen de comunidad, sirve especialmente como prueba el hecho mismo de que la mujer tenga los bienes a su disposición: se constituye una presunción de procedencia del trabajo¹⁴⁶.

B) LA REFORMA LEGISLATIVA DE 1965

I. INTRODUCCION

El legislador francés del 65 va a plasmar sobre el papel todas las ideas que se habían ido fraguando a lo largo del S. XIX y durante la primera mitad del S. XX.¹⁴⁷

¹⁴⁵ PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob. cit.*, IX, pág. 677.

¹⁴⁶ AUBRY & RAU, *ob.cit.*, VII, pág. 425. En contra, PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *ob.cit.*, IX, pág. 680.

¹⁴⁷ El proceso de reforma, como hemos visto, se había iniciado ya en el siglo pasado. Tras las Leyes de 1938 y 1942, el siguiente paso, y en cierto modo anterior, era la reforma general. Sin embargo, el proceso fue lento y dilatado, tal y como lo demuestran los tres proyectos sucesivos que desembocarían en la Ley de 13 de julio de 1965. El primero de ellos, el Proyecto Renoult, depositado el 23 de junio de 1932 por el Ministro de Justicia, René Renoult, fue adoptado parcialmente, convirtiéndose en la Ley de 13 de febrero de 1938. Sin embargo, la parte directamente consagrada a la reforma de los regímenes matrimoniales fue modificada en el Senado en 1939; el régimen legal de la participación en las ganancias fue sustituido por la sociedad de gananciales, pero la segunda guerra mundial impidió que el proyecto llegara a la Cámara de diputados. En abril de 1959 el Ministro de Justicia, Edmond Michelet, depositó un segundo proyecto. Se mantenía la sociedad de gananciales como régimen legal y se proponía la inclusión de la participación en las ganancias como régimen convencional. Se modificaban las reglas de la gestión de la comunidad exigiéndose el consentimiento de la mujer para ciertos actos de disposición y se mantenía la administración por el marido de los bienes privativos de la mujer, y ésta fue la causa del fracaso. La hostilidad manifestada por la Asamblea Nacional frente al Senado y al Gobierno hizo que éste decidiera retirar el proyecto el 12 de julio de 1961. Un nuevo proyecto, depositado el 17 de marzo de 1965 por el Ministro de Justicia, Jean Foyer, y redactado por Jean Carbonnier, fue el proyecto que con algunas enmiendas parlamentarias se convirtió en la Ley de 13 de julio de 1965.

El movimiento legislativo va a proseguir tras la reforma del año 65. Así, las leyes

Así, se hace efectiva la capacidad civil de la mujer que, aunque reconocida en 1938, se veía constreñida por las disposiciones, entre otras, sobre régimen económico del matrimonio. Ligadas a esta efectividad, se introducen la cogestión en el régimen de comunidad y la administración y disfrute de los bienes privativos por cada uno de los cónyuges.

La conjunción de estos elementos va a proporcionar un panorama de las relaciones económicas, internas y externas, de los cónyuges que no encontramos en las etapas anteriores y que, aunque conflictivas en ocasiones, van a dar una perspectiva distinta a las relaciones contractuales en que se hallan inmersas personas ligadas por el vínculo del matrimonio.

II.- EL REGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO¹⁴⁸

1.- Importancia, caracteres y objeto

Siempre han existido normas aplicables a todos los matrimonios, cualquiera que fuese el régimen particular elegido por los cónyuges, que se configuran como efectos del matrimonio mismo y cuyo objeto estriba en constituir un conjunto de disposiciones definidoras de los deberes que la unión conyugal impone a sus miembros. A lo largo

de 28 de diciembre de 1967, de donaciones entre cónyuges; 4 de junio de 1970 sobre la patria potestad; 11 de julio de 1975, sobre reforma del divorcio; 4 de julio de 1980, sobre orientación agrícola; 10 de julio de 1982, sobre cónyuges de artesanos y comerciantes; 23 de diciembre de 1985, sobre igualdad de los cónyuges en los regímenes matrimoniales y el Decreto 87-637 de 5 de agosto de 1987, sobre la aplicación del art. 1414 C.c. que, por el momento, cierra el ciclo.

¹⁴⁸ La expresión "régimen matrimonial primario" comenzó a ser utilizada en el curso de los trabajos preparatorios de la Ley de 13 de julio de 1965. Sin embargo, la denominación no es pacífica en la doctrina francesa, pudiendo señalarse como variantes las siguientes: "reglas aplicables bajo todos los regímenes matrimoniales", "estatuto de base", "estatuto fundamental", véase MARTY et RAYNAUD, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1986, pág. 28.

Aun habida cuenta de la imperfección técnica y de la ambigüedad de la expresión, que puede dar lugar a equívocos en su aplicación en el Derecho Internacional Privado, y de que existen notorias disimilitudes en la configuración que de este conjunto de normas se hace en cada uno de los distintos ordenamientos que se examinan, será la que utilizaremos, bien de forma extensa bien de forma abreviada, por ser la fórmula que más aceptación y difusión ha tenido en la propia doctrina francesa y en la extranjera, incluida la española.

de la evolución legislativa del S. XX, y muy especialmente con la Ley de 13 de julio de 1965, dichas reglas han sido minuciosamente desarrolladas y precisadas.

La importancia de tales preceptos radica en el hecho de que para un elevado número de hogares constituyen la práctica totalidad de los mecanismos patrimoniales que les son necesarios. El régimen primario es útil tanto para los que carecen de fortuna, como para los que la poseen. Además, estas reglas se combinan con las de cada régimen concreto, corrigiéndolas o limitando su ámbito.

Son normas **generales** en tanto que aplicables a todos los matrimonios, cualquiera que sea el régimen particular que las complete (arts. 226 C.C.). La generalidad se refuerza con la **imperatividad**, que impide sustraerse a ellas o derogarlas. En efecto, estas normas están contenidas en el capítulo relativo a "los deberes y derechos respectivos de los esposos" cuya inderogabilidad está expresamente prevista en el art. 1388 C.C. Este carácter imperativo sólo cede ante la preferencia concedida por la ley a lo pactado en capitulaciones matrimoniales (art. 226 C.C.).

Las normas del régimen primario persiguen un doble objetivo: satisfacer los fines esenciales del matrimonio y asegurar el mínimo de independencia que éste debe garantizar a cada uno de los esposos. Por ello, imponen una cierta comunidad de gestión en los regímenes separatistas y afianzan una determinada autonomía en la actividad de los cónyuges casados en régimen de comunidad. En el primer grupo, el de la interdependencia, se pueden incluir la protección del domicilio conyugal, la reglamentación de la contribución a los gastos de la familia, así como un amplio abanico de medidas, en su mayoría judiciales, destinadas bien a flexibilizar el juego de las facultades de los cónyuges, bien a proteger los intereses de la familia en situaciones críticas. En el segundo grupo, el de la independencia, se sitúan el libre ejercicio de una profesión y las presunciones de los arts. 221 y ss. del Código civil.

2.- La contribución de los cónyuges a los gastos de la familia

En el marco de la vida en común, el primer deber de orden pecuniario que incumbe a los cónyuges es el de contribuir a los gastos de la familia. La contribución deberá hacerse en proporción a los recursos respectivos. Sin embargo, la regla de la

proporcionalidad cede ante el sistema contributivo pactado en las capitulaciones matrimoniales (arts. 214 y 226 C.C.).

3.- El ejercicio de la potestad doméstica

El ejercicio de la potestad doméstica fue uno de los puntos en los que tuvo mayor incidencia la reforma. De una atribución por razón de sexo se pasó a una distinción basada en el tipo de acto. La consecuencia fue un desdoblamiento que se concretó en una facultad de actuación individual, de la que nacen obligaciones solidarias, en el ámbito de los actos de administración ordinaria, y en una obligación de actuación conjunta, bajo pena de sanciones variables, en el de los actos de administración extraordinaria.

3.1.- Las facultades individuales de actuación

Cualquiera de los cónyuges puede realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia: las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de esta potestad obligan solidariamente al otro (art. 220 C.C.).

El ámbito de los actos individuales se delimita cualitativamente por el criterio objetivo del destino de los desembolsos. La jurisprudencia ha mantenido y mantiene una interpretación extensiva de la noción de deudas familiares¹⁴⁹, aunque exigiendo que la finalidad doméstica quede clara y sobradamente probada¹⁵⁰.

3.2.- La obligación de actuación conjunta

Si bien cada uno de los cónyuges puede actuar individualmente en interés de la familia, la ley les impone la obligación de actuar conjuntamente cuando se trata de actos particularmente gravosos para el patrimonio familiar. Como consecuencia de esta obligación, un cónyuge que podría actuar individualmente según las normas de su régimen matrimonial, deberá, por el hecho de estar en juego el interés de la familia,

¹⁴⁹ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1981, pág. 103.

¹⁵⁰ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág.32.

recabar la concurrencia del otro. Esta limitación se manifiesta de dos formas: unas veces, el consentimiento del otro esposo es condición indispensable para que éste se obligue solidariamente; otras, el consentimiento conjunto es condición indispensable para la validez del acto.

3.2.1.- El consentimiento conjunto como presupuesto de la solidaridad de la obligación

El propio art. 220 C.C. establece en sus párrafos 2º y 3º dos excepciones a la regla de la solidaridad prevista en su primer párrafo: cuando el gasto es manifiestamente excesivo y cuando se trata de compras a plazos.

La finalidad de la norma es la de proteger el patrimonio familiar en el supuesto de gastos desmesurados o temporalmente dilatados.

La delimitación de los actos manifiestamente excesivos se realiza sobre la base de criterios objetivos, atendiendo a su inconveniencia en relación con el nivel de vida de la familia, la utilidad o inutilidad de la operación y la buena o mala fe del tercero contratante.

La apreciación del carácter manifiestamente excesivo es una cuestión de hecho que corresponde dilucidar a los tribunales.

La sanción del acto individualmente realizado no puede ser la nulidad, toda vez que ha sido realizado por una persona capaz (art. 216 C.C.), sino la exclusión de la solidaridad. Si el negocio no tenía relación con las necesidades ordinarias de la familia, la exclusión de la solidaridad no es más que la consecuencia de la aplicación de las normas de derecho común: la solidaridad no se presume (art. 1202 C.C.). En el caso contrario, en virtud de la exclusión legal, sólo quedará obligado el esposo que contrajo la obligación, pero sin que ello signifique indefensión del tercero contratante, que podrá intentar la ejecución de su crédito sobre el patrimonio del cónyuge obligado.

3.2.2.- El consentimiento conjunto como condición indispensable para la validez del acto

El art. 215, párr. 3º C.C. establece que los esposos no pueden disponer a título individual de los derechos que protegen el domicilio conyugal¹⁵¹, ni del mobiliario en él existente.

Para un sector minoritario de la doctrina¹⁵² esta limitación supone un verdadero atentado contra el derecho a la propiedad privada, pues, al ser aplicable bajo cualquier régimen matrimonial, afecta tanto a los esposos con régimen de separación (quienes, por ley, conservan la plena propiedad de sus bienes –art. 1536 C.C.–), como a los casados en régimen de comunidad (quienes, también por ley, tienen la libre administración y disposición de sus bienes privativos –art. 1428 C.C.–).

La protección del domicilio conyugal se basa en un mero dato fáctico: es preciso que sea el domicilio familiar, pero sin que sea valorable el derecho en cuya virtud se tiene ese alojamiento.

La doctrina y la jurisprudencia se muestran prácticamente unánimes en cuanto a que las normas protectoras van referidas al domicilio principal y no a una posible segunda vivienda¹⁵³.

La prohibición de disponer afecta tanto a la renuncia del derecho como a su transmisión, sea a título oneroso o a título gratuito, inter vivos o mortis causa. Respecto a la transmisión a título oneroso, la jurisprudencia se muestra más flexible

¹⁵¹ Ya con anterioridad a la reforma existía alguna norma protectora, aunque mínima. En efecto, el art. 1751 (red. por Ley de 4 de agosto de 1962) establecía la "cotitularidad" del derecho de arrendamiento del local que servía de alojamiento a la familia, de forma que un cónyuge no podía disponer de él sin el consentimiento del otro.

¹⁵² COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, Paris, 1982, pág. 29.

¹⁵³ AUBRY & RAU, *Droit civil français*, T. VIII, par PONSARD, Paris, 1973, pág. 62; COLOMER, *Droit civil...*, cit., pág. 30; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 35. En contra, CHARTIER, "Domicile conjugal et vie familiale", en *Rev. tri. dr.civ.*, 1971, págs. 510 y ss., pág. 572.

que la doctrina admitiendo la venta con reserva de usufructo¹⁵⁴ por considerar que el respeto a los derechos de la familia se limita a evitar que los mismos sea suprimidos o disminuidos. Y éste no es el caso, pues el alojamiento de la familia queda garantizado por el propio derecho de uso. En cuanto al hecho de que la prohibición afecte, o no, a la transmisión mortis causa, la doctrina ha criticado duramente¹⁵⁵ la sentencia de 22 de octubre de 1975 del Tribunal Supremo según la cual "el derecho de protección del hogar familiar recogido en el art. 215 C.C. no afecta al derecho de cada cónyuge de disponer de sus bienes mortis causa", por considerar que : a) el excluir de la prohibición general del art. 215 C.C. las transmisiones mortis causa es una flagrante violación de la ley; b) el restringir la protección del domicilio conyugal al tiempo que dure el matrimonio equivale a excluir, peligrosa y arbitrariamente, la protección en el momento en que es más necesaria.

La indisponibilidad (activa) del domicilio familiar no implica la inembargabilidad del mismo. Siempre que los acreedores actúen de conformidad con las reglas del régimen matrimonial, pueden intentar la ejecución de su crédito frente al cónyuge deudor sobre el domicilio conyugal. La prohibición del art. 215 C.C. tampoco juega cuando se trata de una venta forzosa instada por el síndico de la quiebra, tal y como ha sentado la jurisprudencia¹⁵⁶, dado que el síndico actúa como representante de los acreedores y no del cónyuge deudor. Igualmente escapan al art. 215 C.C. los supuestos en que uno de los cónyuges se ha erigido en fiador, pues, al no ser la fianza personal uno de los actos de disposición prohibidos por dicho precepto, no es anulable salvo que se pruebe el fraude, y, consecuentemente, los acreedores pueden ejercitar su crédito sobre el domicilio conyugal.

El art. 215 C.C. asimila a los actos de disposición sobre el domicilio familiar los de disposición sobre el mobiliario sito en el mismo.

El tema se plantea en los términos ya vistos en relación con el domicilio. La

¹⁵⁴ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 107.

¹⁵⁵ Véase, por todos, CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 108.

¹⁵⁶ COLOMER, *Droit civil...*, cit., pág. 31; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 109.

única dificultad que podría presentarse sería la adquisición de los muebles por un tercero de buena fe. Una vez realizada la venta, el tercero podría intentar prevalecerse del art. 2279 C.C. "en materia de muebles, la posesión equivale a título"¹⁵⁷. Sin embargo, no parece que dicha pretensión pueda llegar a buen término por dos razones: 1ª) el art. 2279 C.C. está encaminado a la protección del adquirente a non domino, lo que no serviría para evitar la anulación de una venta por falta de poderes¹⁵⁸; 2ª) el art. 222 C.C., que presume, con respecto a terceros de buena fe, que el cónyuge que realiza un acto de disposición tiene facultades para ello, excluye expresamente esta presunción cuando se trata de los actos de disposición sobre el mobiliario familiar regulados en el párrafo 3º del art. 215 C.C.

4.- La autonomía conyugal

Mediante un juego de presunciones, los arts. 221 y 222 C.C. establecen los mecanismos técnicos adecuados para suscitar la confianza de los terceros en la contratación con los cónyuges, al tiempo que otorgan a la mujer una auténtica libertad de maniobra, en la vida cotidiana, para determinadas operaciones financieras o mobiliarias.

La generalidad del párrafo 1º del art. 221 C.C., "cada cónyuge puede abrir a su nombre una cuenta de depósito o de títulos sin consentimiento del otro", encierra una importante innovación en favor de la mujer: puede abrir distintos tipos de cuentas sin necesidad de justificar la autorización marital.

El párrafo segundo del mismo artículo establece la presunción de que el cónyuge depositante, con respecto al depositario, tiene la libre disposición de los fondos o títulos depositados.

Esta presunción legal encierra una doble ventaja. De una parte, eximido de la carga de la prueba, el depositante puede disponer de su cuenta sin que el banquero

¹⁵⁷ SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle en droit français*, Paris, 1970, pág. 110.

¹⁵⁸ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 66 y nota 146.

pueda exigirle justificación alguna; de otra, dispensado de la verificación, el banquero queda a cubierto cuando el depositante no puede disponer libremente de los objetos depositados.

El artículo 222 C.C., por su parte, establece la presunción, respecto de terceros de buena fe, de que un cónyuge que realiza por sí solo un acto de administración, disfrute o disposición sobre un bien mueble que posee individualmente, está facultado para ello.

La presunción afecta a todo tipo de bienes muebles, a excepción del mobiliario sito en el domicilio familiar y de aquellos muebles corporales cuya naturaleza haga presumir la propiedad del otro cónyuge. En cuanto a los muebles incorporeales, la doctrina se muestra dividida. Para un sector, la aplicación es inaceptable sobre la base de que sólo se pueden poseer los muebles corporales¹⁵⁹; para otro, la aplicabilidad deriva del propio texto de la ley, dado que sólo habla de "bienes muebles"¹⁶⁰, y para un último grupo de autores, la aplicabilidad tiene su fundamento en el hecho de que hay muebles incorporeales susceptibles de ser poseídos individualmente¹⁶¹.

La presunción sólo juega frente a terceros de buena fe, sin que quepa atribuirle ningún efecto en las relaciones entre cónyuges¹⁶².

¹⁵⁹ Véase, especialmente, CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 98; SAYN, "Le régime matrimonial primaire", pág. 22, en, SAYN et CHEVALLIER, *Les règles générales des régimes matrimoniaux*, Paris, 1968, citado por AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 88 en nota 88.

¹⁶⁰ COLOMER, *Droit Civil...*, cit., pág. 117; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 61; SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle...*, cit., pág. 96.

¹⁶¹ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 88; PONSARD, "Commentaire de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux", *D.S. 1966, Com.*, págs. 11 y ss., pág. 123.

¹⁶² Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, cit., pág. 93. En contra, SIMLER, "Le conflit des présomptions en régime de communauté: Contributions à l'étude du rôle de la présomption de communauté après la loi du 13 juillet 1965", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1970, págs. 478 y ss., pág. 492.

5.- La ampliación de las facultades de los cónyuges en interés de la familia

Desde el momento en que un cónyuge necesita el concurso del otro y no lo puede obtener, la defensa del interés de la familia puede justificar una ampliación de sus facultades o incluso una atribución por derogación de las normas del régimen matrimonial concreto.

La ampliación puede tener un triple origen: judicial, convencional o voluntario.

El art. 219 C.C. contiene el primer supuesto de ampliación **judicial**. Según dicho precepto, un cónyuge puede solicitar autorización judicial para actuar como representante de su cónyuge en el ejercicio de las facultades que se derivan del régimen matrimonial.

La representación puede ser solicitada cuando un esposo se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad. Sin embargo, el art. 219 C.C. no contempla la posibilidad de negativa –incluso justificada– del cónyuge, pues la ley no ha querido que un esposo pueda representar al otro y obligarle personal y directamente cuando éste rehusa toda representación.

La autorización puede ser limitada a uno o varios actos concretos, bien de administración, bien de disposición o, por el contrario, puede concederse una autorización duradera para administrar (en el más amplio sentido del término) un bien o una masa de bienes dentro de los márgenes señalados por el tribunal.

La doctrina se muestra partidaria de que la autorización abarque tanto las facultades que derivan del régimen, como las que el cónyuge tiene sobre los bienes privativos en su cualidad de propietario¹⁶³, supuesto, por otra parte, expresamente previsto en sede de gananciales por el art. 1429 C.C.¹⁶⁴

¹⁶³ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 98, nota 16; COLOMER, *Droit civil...*, cit., pág. 54; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., págs. 45-46.

¹⁶⁴ Véase infra apdo. B) IV, 3.2.

El efecto específico de la habilitación judicial es conceder al cónyuge que actúa "un poder judicial de representación". Consecuentemente, el acto así realizado produce, de conformidad con el juego ordinario de la representación, los mismos efectos que si hubiera sido ejecutado por su titular; la obligación recae sobre el representado y no sobre el representante, a no ser que el tercero contratante haya exigido su responsabilidad solidaria.

El segundo supuesto es el del art. 217 C.C. que tiene como finalidad el facilitar a un esposo, capacitado para realizar un acto, pero que no puede obtener el concurso de su cónyuge, la obtención de dicho complemento por la vía judicial.

La doctrina es prácticamente unánime en cuanto a que el art. 217 C.C. sólo es aplicable cuando el acto para el que un cónyuge solicita la autorización no es de competencia exclusiva del otro¹⁶⁵, siendo proclive la jurisprudencia a una aplicación lo menos restrictiva posible¹⁶⁶.

La autorización puede ser solicitada en dos casos. En primer lugar, cuando el cónyuge que debiera prestar su consentimiento no puede hacerlo bien por encontrarse imposibilitado, bien por estar ausente. En segundo lugar, cuando el cónyuge requerido se niega a prestar consentimiento y la negativa no se justifica con la defensa del interés de la familia. En el primer supuesto, corresponde al solicitante justificar su petición; en el segundo, es el opositor quien tiene que excusar su negativa.

La autorización sólo puede conferirse para un acto concreto y determinado, sin necesidad de que éste sea de disposición¹⁶⁷. Los efectos del mismo regularmente autorizado están expresamente señalados en el párrafo 2º del art. 217 C.C.: el acto es oponible al otro cónyuge, quien no podrá pedir la anulación y deberá asumir los

¹⁶⁵ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 102; COLOMER, *Droit civil...*, cit., pág. 55; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 120; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 39.

¹⁶⁶ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 130.

¹⁶⁷ La redacción dada al art. 217 C.C., por la ley de 22 de septiembre de 1942, se refería de forma exclusiva a los actos de disposición.

efectos; el cónyuge que no consintió no asume ninguna obligación personal, de tal forma que, a lo sumo, el crédito podrá ejecutarse sobre los bienes comunes, pero nunca sobre sus privativos.

Desde siempre se ha admitido la representación **convencional**, es decir, que un cónyuge confiera al otro un mandato para que le represente. Dicho mandato, previsto por el art. 218 C.C.¹⁶⁸, ha de ser revocable para evitar que por esa vía pueda procederse a una modificación del régimen matrimonial.

La única peculiaridad del mandato entre esposos radica en que la jurisprudencia tiene establecido que, contrariamente a lo dispuesto en el art. 1988 C.C., "el mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración", el mandato entre cónyuges, concebido en esos mismos términos, puede comprender los actos de disposición¹⁶⁹.

6.- La reducción de las facultades de los cónyuges en interés de la familia

De absoluto nuevo cuño, los arts. 220-1, 220-2 y 220-3 del Código civil contienen una serie de disposiciones encaminadas a restringir la libertad de actuación de los cónyuges cuando con ésta ponen en peligro el interés de la familia.

¹⁶⁸ Con posterioridad a la reforma del 65, se han dictado disposiciones particulares con previsión de mandatos tácitos. En primer lugar, la Ley de 4 de julio de 1980, sobre orientación agrícola, dispone que "desde el momento en que los cónyuges explotan conjuntamente y por su cuenta un mismo fundo, se presume que se han conferido mandato recíproco para la realización de los actos de administración necesarios para la explotación del mismo" (art. 789-1, párr. 1 Code rural); "cuando un cónyuge no hace más que colaborar en la explotación, se presume que ha recibido el mismo mandato" (art. 789-1, párr. 2 Code rural). El mandato cesa de pleno derecho por declaración de ausencia de uno de los cónyuges, separación de cuerpos o separación judicial de bienes (art. 789-2 Code rural). En segundo lugar, la Ley de 10 de julio de 1982, relativa a los cónyuges de artesanos y comerciantes que trabajan en la empresa familiar, admite en su artículo 9 un mandato tácito en favor del cónyuge colaborador del artesano o comerciante para realizar en nombre de éste los actos de administración necesarios para el funcionamiento de la empresa, cesando de pleno derecho la presunción por las mismas causas que en el supuesto anterior.

¹⁶⁹ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 42 y nota 1.

Según el art. 220-1 C.C., el juez puede adoptar las medidas urgentes que estime necesarias desde el momento en que uno de los esposos "incumple gravemente sus deberes y pone en peligro el interés de la familia". Tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por una interpretación amplia del término **deberes**, inclusiva de las obligaciones no sólo patrimoniales, sino también personales¹⁷⁰.

Las medidas pueden ir desde la limitación de las facultades del cónyuge que incumple sus deberes hasta la imposición de medidas conservatorias. La posible adopción de medidas extrapatrimoniales es admitida por la doctrina¹⁷¹, mientras que la jurisprudencia se ha manifestado una vez a favor¹⁷² y otras en contra¹⁷³.

Las medidas acordadas en virtud del art. 220-1 C.C. son **urgentes**, es decir, que deben ser adoptadas sin tardanza; **provisionales**, susceptibles de ser revocadas en cuanto dejen de ser necesarias, y **temporales**, no pudiendo ser su duración superior a los 3 años. Atendiendo a estos caracteres, la jurisprudencia ha declarado que el art. 220-1 C.C. es aplicable incluso si está en trámite una demanda de separación, divorcio o de separación de bienes, y aun cuando el cónyuge al que se le imponen está sometido a "règlement judiciaire"¹⁷⁴.

Si la decisión judicial inhabilita al cónyuge para la realización de actos de disposición sobre bienes cuya enajenación está sometida al requisito de la publicidad, la decisión deberá ser publicada a instancia del cónyuge demandante (art. 220-2 C.C.). Cuando se trate de la enajenación de inmuebles o establecimientos mercantiles deberá procederse de igual modo (art. 1424 C.C.).

¹⁷⁰ Véase, por todos, MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág.49, quien, al igual que AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, cit., pág. 109 y nota 58, manifiesta sus temores de que esta interpretación extensiva pueda provocar injerencias de un cónyuge en la elección de una profesión por parte del otro.

¹⁷¹ Véase, por todos, MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág.51.

¹⁷² MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., págs. 51 y 52.

¹⁷³ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 52 y notas 3 y 4.

¹⁷⁴ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 52 y notas 6, 7 y 8.

Cuando la medida adoptada consiste en la prohibición de trasladar el mobiliario familiar, ésta deberá ser comunicada al cónyuge al que se le impone, pues la interdicción le convierte en garante de dichos muebles, lo que implica sanciones penales en caso de disposición.

El incumplimiento de las medidas se sanciona con la anulabilidad del acto (art. 220-3 C.C.). Los actos son anulables a instancia del cónyuge demandante, debiendo ejercerse la acción en el plazo de dos años a contar desde la fecha en la que el demandante tuvo conocimiento del mismo. Por lo que a los actos sometidos a publicidad se refiere, sólo son anulables los realizados después de la publicación de las medidas, no pudiendo ejercerse la acción transcurridos dos años de la misma.

7.- La autonomía profesional y la libre percepción del salario

Abolida la incapacidad general de la mujer casada y suprimida la licencia marital para el ejercicio del comercio, el proceso se cierra con la ley de 13 de julio de 1965, en virtud de la cual el nuevo art. 223 C.C. consagra la plena libertad de la mujer casada a la hora de elegir y ejercer una profesión.

La libre percepción del salario, conferida a la mujer casada por la ley de 13 de julio de 1907, se mantiene en la ley del 65 aunque concebida como un derecho "correspondiente a cada uno de los cónyuges" (art. 224 C.C.), cuyo ejercicio queda subordinado al cumplimiento del deber de satisfacer las necesidades familiares (art. 224, párr.1º, proposición 2ª C.C.).

8.- Los bienes reservados

Consagrados en 1907, se mantienen en la Ley de 1965 aunque sometidos a profundas modificaciones, lo que ha suscitado reacciones a favor¹⁷⁵ y en contra¹⁷⁶.

¹⁷⁵ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 137; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág 66.; SERLOOTEN, *Les biens réservés*, Paris, 1973, págs 122-127.

¹⁷⁶ MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. IV, vol. 1º, Paris, 1977, pág. 346; SPITERI, *L'égalité des époux dans le régime matrimonial legal*, Paris, 1965, págs. 125

La reforma del 65 ha reducido drásticamente el ámbito de los bienes reservados. Ya no son bienes reservados las rentas del trabajo, sino únicamente los bienes adquiridos con éstas. La reducción se justifica por el hecho de que la libre disposición de las rentas del trabajo queda asegurada bajo cualquier régimen económico del matrimonio (art. 224 C.C.), mientras que el tipo concreto de régimen puede incidir restrictivamente sobre los bienes reservados, tal y como sucede, por remisión expresa del art. 224 C.C. a los arts. 1425 y 1503 C.C., en el régimen de gananciales.

Con carácter general, y salvo las restricciones mencionadas, la mujer tiene la administración, el disfrute y la disposición de sus bienes reservados.

Los bienes reservados, al igual que los bienes privativos (art. 223 C.C.), responden de todas las deudas de la mujer, incluidas las que no tienen carácter profesional (art. 225 C.C.). Las deudas contraídas por la mujer en el ejercicio de su profesión constituyen un pasivo "particular" cuyo peso, según cuál sea el régimen matrimonial, recae sobre unos u otros bienes. El derecho de los acreedores varía, respecto a las distintas categorías de bienes, según las facultades de gestión que cada régimen reconoce a la mujer sobre la categoría concreta. En líneas generales, la mujer puede comprometer sus bienes reservados (art. 225 C.C.) y privativos (art. 223 C.C.) y también, aunque con restricciones, los bienes comunes y los privativos del marido. En efecto, el art. 1420 C.C. establece los 3 únicos supuestos en los que se puede intentar la ejecución de las deudas contraídas por la mujer en el ejercicio de su profesión sobre dichos bienes: cuando el marido da su consentimiento para la realización del acto concreto, cuando se inmiscuye en el ejercicio de la profesión de su mujer y cuando manifiesta expresamente, con indicación en el Registro Mercantil, su conformidad con el ejercicio del comercio por su mujer.

El destino de los bienes reservados a la disolución del régimen depende de cuál haya sido éste y no del régimen primario: En régimen de separación, cada cónyuge conserva la propiedad de sus bienes, y, por tanto, la mujer conserva los bienes reservados junto con sus privativos; en régimen de comunidad, los bienes reservados

tienen el carácter de "ganancias", por lo que deben incluirse en la masa de bienes a repartir¹⁷⁷; en régimen de participación también son "ganancias" y como tales, a efectos de calcular el crédito de participación, deben figurar en el patrimonio final de la mujer.

Un tema que ha sido objeto de atención de las sucesivas leyes que han incidido sobre los bienes reservados, es el de la prueba de dicho carácter.

La ley de 1907 establecía la presunción frente a los terceros contratantes de que, una vez que la mujer demostraba que ejercía una profesión distinta de la del marido, los bienes en cuestión eran reservados (art.1º, párr. 4); en los demás posibles casos de duda, la mujer debía probar tal carácter por "todos los medios de prueba admitidos en derecho" (art.4). La ley de 22 de septiembre de 1942 contenía una disposición más restrictiva. Según la redacción dada al párrafo 3 del art. 224, el origen y carácter de los bienes reservados debían establecerse, frente al marido y frente a los acreedores, utilizando los medios de prueba del derecho común. La ley del 65 da una nueva redacción a dicho párrafo 3º, remitiendo al art. 1402 C.C., precepto relativo al régimen de gananciales que formula la presunción de ganancialidad y los medios para combatirla, prácticamente reducidos a la prueba escrita.

La postura doctrinal mayoritaria¹⁷⁸ estima que el texto remite, a efectos de prueba del origen y carácter de los bienes reservados, a los medios de prueba admitidos por el párrafo 2º del art. 1402 C.C. para la prueba de los bienes privativos. Al quedar subsistente la presunción de ganancialidad, la carga de la prueba del carácter reservado recae sobre la mujer o sus acreedores. Consecuentemente, el art. 224, párr.2º C.C. sólo puede ser aplicado en los regímenes comunitarios, pues en los regímenes separatistas la prueba del carácter privativo puede hacerse por todos los medios (art.

¹⁷⁷ Suprimida la renuncia a la comunidad por la ley del 65, la mujer ya no puede eludir la partición conservando los bienes reservados mediante su renuncia a la comunidad.

¹⁷⁸ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág.79; FRENISY, "La preuve de la propriété et des pouvoirs dans les régimes matrimoniaux depuis la loi du 13 juillet", en *Rev. tr.dr.civ.*, 1970, pág. 64 y ss., pág. 78; PONSARD, "Commentaire de la loi 65.570 du 13 juillet 1965...", *cit.*, pág. 125; SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle...*, *cit.*, pág. 243; SIMLER, "Le conflit des présomptions en régime de communauté...", *cit.*, págs. 505-506.

1538 C.C.).

La posición minoritaria¹⁷⁹ considera que la remisión al art. 1402 C.C. establece una presunción de bienes reservados en beneficio de las adquisiciones realizadas por la mujer. Esta presunción, que sólo puede ser destruida utilizando los medios de prueba del art. 1402, es aplicable a todos los regímenes, dado que es una regla que deriva de las normas del régimen primario. Además, en el régimen de gananciales sitúa a ambos cónyuges en un mismo plano: las adquisiciones se consideran ordinarias o reservadas, salvo prueba en contrario del carácter privativo, según las haya realizado el marido o la mujer.

La jurisprudencia, por su parte, se muestra partidaria de la primera interpretación, ignorando la "presunción de bienes reservados"¹⁸⁰.

III. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

Como habíamos indicado al comienzo del capítulo, el principio de la libertad de las capitulaciones permanece, pero lo hace experimentando una importante modificación.

El artículo 1387 C.C. mantiene dicho principio: la ley sólo rige la asociación conyugal, en cuanto a los bienes, en defecto de convenciones especiales¹⁸¹.

¹⁷⁹ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 145; DAVID, "Observations sur l'ingérence maritale en régime légal", en, *Rev. trim. dr.civ.*, 1974, pág. 1 y ss., págs. 44-45.

¹⁸⁰ Véase MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 77.

¹⁸¹ La libertad inicial concedida a los cónyuges se sigue ampliando y restringiendo por ministerio de la Ley.

La ampliación se mantiene en los mismos términos que en la etapa anterior, pero no así las restricciones.

Las restricciones derivan del respeto al orden público y a las buenas costumbres (art. 1387 C.C.). Junto al orden público general existe lo que podríamos llamar un orden público "matrimonial" del que emanan importantes limitaciones. En concreto, el art. 1388 C.C. prohíbe toda estipulación relativa al dominio extrapatrimonial; prohibición que se conecta con el necesario respeto a las normas del régimen primario, cuya inderogabilidad –salvo previsión expresa de la Ley– establece este mismo precepto. Al margen de las disposiciones del Código Civil, el art. 25 de la Ley

El momento en el que deben otorgarse las capitulaciones y su modificación previa a la celebración del matrimonio, se mantienen en los mismos términos que antes de la reforma¹⁸², planteándose de forma similar el tema de la publicidad¹⁸³.

de 11 de marzo de 1957, sobre propiedad literaria y artística, prohíbe la cláusulas que impliquen la derogación de las disposiciones de la misma que determinan los efectos del régimen matrimonial sobre los derechos del escritor o del artista.

¹⁸² El art. 1395 C.C es una reproducción literal del antiguo art. 1394: "Las capitulaciones deben otorgarse antes de la celebración del matrimonio". Por su parte, los párrafos 1 y 2 del art. 1396, son también una reproducción literal de los antiguos arts. 1396 y 1397 C.C. Véase *supra*, apdo. A) II, 4.

¹⁸³ Una vez otorgadas las capitulaciones, debe procederse a darles publicidad. Tal y como previene el art. 76.8º C.C. en el acta de matrimonio deberá hacerse constar la existencia o no de capítulos y, en su caso, la fecha y el nombre y domicilio del notario ante el que se otorgaron.

La ley de 13 de julio de 1965 mantiene y reproduce las disposiciones de la ley de 18 de julio de 1850 (sobre publicidad de las capitulaciones), si bien agravando la sanción, pues el párrafo 3º del art. 1394 C.C. establece que si no se hace mención de las capitulaciones en el acta de matrimonio, los cónyuges se reputan, frente a terceros, casados en régimen de gananciales.

Cuando uno de los cónyuges era comerciante al celebrarse el matrimonio o inicia su ejercicio con posterioridad, se impone una segunda publicidad. El art. 1394, párr. 4 C.C. remite a la normativa sobre el Registro Mercantil (D. 58-1355 de 27 de diciembre de 1958, derogado y sustituido por el D. 67-237 de 23 de marzo de 1967, derogado a su vez y sustituido por el vigente D. 84-406 de 30 de mayo de 1984). La publicidad tiene lugar por la inscripción en el Registro Mercantil de los datos mencionados en los arts. 8-A- 4º, 12-2º y 27-2º-3 del D. de 30 de mayo de 1984: fecha y lugar de celebración del matrimonio, régimen matrimonial adoptado, cláusulas, convencionales o judiciales, oponibles a terceros que restringen la libre disposición de los bienes o su ausencia, las transferencias judiciales de facultades de un cónyuge al otro, la homologación judicial del acta notarial de modificación del régimen matrimonial, así como las demandas y declaraciones judiciales de separación de bienes y de liquidación anticipada de las ganancias. El defecto de publicidad se sanciona con la no producción de efectos respecto a terceros, salvo que los esposos puedan demostrar que los mismos conocían personalmente los hechos (arts. 64-66 D. de 30 de mayo de 1984).

El art. 43 del D. de 23 de marzo de 1967 (reproducido en el art. 66 del D. de 30 de mayo de 1984) dió lugar a una interpretación diferente en razón de su peculiar redacción: "La persona sujeta a inscripción no puede, en el ejercicio de su actividad, oponer a los terceros ni a las 'administraciones públicas', quienes sin embargo pueden prevalerse, los hechos y actos sujetos a inscripción y no inscritos". Se puso de manifiesto que la persona sujeta a inscripción es el comerciante y que, por tanto, su cónyuge sí podría prevalerse de las capitulaciones no inscritas, lo que supone un peligro para los terceros (JAUFFRET, "Les réformes récentes du registre de commerce", en *Rev. tr. dr. comm.*, 1969, págs. 395 y ss., pág. 405).

Esta libertad concedida a los futuros esposos salió fortalecida de la reforma del 65. Junto a la rectificación antenupcial se introduce la posibilidad de modificar el régimen en el transcurso del matrimonio¹⁸⁴. El art. 1397 C.C. dispone que a los dos años de la aplicación del régimen, convencional o legal, los esposos podrán proceder a su modificación en interés de la familia, o incluso a su sustitución, en escritura notarial que se someterá a homologación judicial en el juzgado de su domicilio.

El límite temporal se justifica por el deseo del legislador de evitar que las modificaciones se produzcan sin una constatación previa de los inconvenientes del régimen, siendo el plazo el mismo, a juicio de la doctrina ante el silencio de los preceptos¹⁸⁵, para la primera y para las sucesivas modificaciones.

A diferencia de lo que sucede en las convenciones antenupciales¹⁸⁶, el art. 1397 C.C. sólo exige la presencia y el consentimiento de los cónyuges; el resto de los intervinientes en las capitulaciones sólo deberán personarse en la instancia de homologación. No obstante, para el caso concreto de un cónyuge sometido a "règlement judiciaire" o a liquidación de bienes, algunos autores estiman necesaria la asistencia del síndico¹⁸⁷, mientras que otros consideran que es suficiente con su presencia en la instancia de homologación¹⁸⁸.

Las modificaciones deben hacerse en interés de la familia, cuestión que deberá

¹⁸⁴ Esta idea, que ya estaba plasmada en el art. 1432 del BGB, había sido defendida a principios de siglo por COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, VI, *De los regímenes matrimoniales*, cit., pág. 66

¹⁸⁵ Véase, por todos, AUBRY et RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 213.

¹⁸⁶ Todas las alteraciones que se realicen antes de la celebración del matrimonio deben verificarse en la misma forma que la establecida para el contrato de matrimonio (art. 1394 y 1396, párr. 1 C.C.) y, por tanto, no son válidas sin la presencia y consentimiento simultáneo de todos los que intervinieron en el contrato de matrimonio o sus mandatarios.

¹⁸⁷ POISSON, "Le changement de régime matrimonial", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1969, págs. 469 y ss., pág. 478.

¹⁸⁸ HOUIN, en *Rev. tr. dr. comm.*, 1968, pág. 146-148, obs. sur Trib. gr. inst. Avesnes, 23 et 30 mai 1967; AUBRY et RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 216.

dilucidar la autoridad judicial a la vista de los motivos en que fundamentan los esposos su solicitud.¹⁸⁹

Así pues, el art. 1397 C.C. permite a los cónyuges modificar su régimen o incluso sustituirlo. Pero ¿son ilimitadas sus posibilidades?. La doctrina y la jurisprudencia se muestran unánimes en cuanto a que las transformaciones pueden afectar a la totalidad o a una parte del régimen matrimonial¹⁹⁰. Sin embargo, en lo que ya no hay acuerdo es en si las disposiciones contenidas en los capítulos iniciales, que no forman parte del régimen propiamente dicho pero que están ligadas a él, pueden o no ser modificadas. La cuestión se plantea esencialmente en el ámbito de las donaciones por razón de matrimonio y de las donaciones entre cónyuges incluidas en el contrato de matrimonio. La mayoría de la doctrina considera que la "mutabilidad controlada" afecta exclusivamente al régimen en sí y que, por tanto, las donaciones pueden modificarse por el solo consentimiento recíproco del donante y del donatario¹⁹¹. La jurisprudencia, por el contrario, se muestra partidaria de su sumisión al régimen del art. 1397 C.C.¹⁹².

Una vez redactadas las convenciones modificativas, los cónyuges –conjuntamente– deben presentar la solicitud de homologación.

Concedida la homologación¹⁹³, ésta debe publicarse en el diario oficial del juzgado; debe ser comunicada al oficial del registro civil del lugar en que se celebró

¹⁸⁹ AUBRY et RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 225; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 137.

¹⁹⁰ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, cit., pág. 216.

¹⁹¹ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 218; COLOMER, *Droit civil...*, cit., pág. 149; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 219; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 140; PONSARD, "Commentaire de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965...", cit., pág. 134.

¹⁹² COLOMER, *Droit civil...*, cit., pág. 149 y nota 27; MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 140 y nota 2.

¹⁹³ Para el caso de denegación, véase AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 226 y autores allí citados.

el matrimonio para que proceda a su anotación marginal en el acta de matrimonio y, en su caso, al notario que redactó las capitulaciones. En el supuesto de que un cónyuge ejerza el comercio, la decisión de homologación deberá ser inscrita en el Registro Mercantil (art. 12,2º del D. de 30 de mayo de 1984)¹⁹⁴.

Con respecto a los esposos y a los demás participantes en las capitulaciones, la modificación surte efectos desde la fecha de la homologación (art. 1397, párr. 3 C.C.)¹⁹⁵. En lo que a los terceros se refiere, hay que distinguir entre acreedores anteriores y aquéllos que contraten con los esposos después de la modificación. En el primer caso, la ley les protege permitiéndoles personarse en la instancia de homologación y, en defecto de personación, pueden interponer una demanda de tercería¹⁹⁶ con exclusión de cualquier otra acción, salvo la de nulidad si ésta tiene su fundamento en una causa distinta del fraude¹⁹⁷. En el segundo caso, la modificación no surte efectos hasta pasados tres meses de la anotación en el acta de matrimonio.

IV.- EL REGIMEN LEGAL: LA SOCIEDAD DE BIENES GANANCIALES¹⁹⁸

1.- Introducción

Tras el establecimiento del régimen primario, la segunda gran innovación de la reforma del 65 fue la adopción de la "sociedad de gananciales" como régimen legal.

¹⁹⁴ Véase supra nota 183.

¹⁹⁵ Cuando se plantea un recurso de apelación, la modificación no surte efectos en tanto la sentencia no tenga fuerza de cosa juzgada. Cfr. MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 141.

¹⁹⁶ FENAUX, "Le changement de régime matrimonial et les droits des tiers", en *Rev. tr. dr. civ.* 1967, pág. 545-580, págs. 576-578, quien considera que sería preferible una sanción preventiva anterior a la demanda de tercería.

¹⁹⁷ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, cit., pág. 230.

¹⁹⁸ La traducción literal de "communauté réduite aux acquêts" es "comunidad de bienes gananciales". Sin embargo, apelando nuevamente al criterio de la uniformidad, hemos preferido utilizar "sociedad de bienes gananciales" bajo las fórmulas sociedad o régimen de gananciales, que serán las que encontraremos más adelante en el Derecho español.

Manteniendo como régimen legal uno de carácter comunitario se abandonan, sin embargo, los trazos característicos de la regulación anterior. Así, eliminado el criterio distintivo entre bienes muebles e inmuebles, sólo son comunes los bienes gananciales. El binomio hombre/mujer se sustituye por el binomio esposos/sociedad, y, consecuentemente, se reorganizan las facultades atribuidas a los cónyuges: la mujer pasa a tomar parte en la gestión de los bienes gananciales y se le confieren la administración y el disfrute de sus bienes privativos; pero al mismo tiempo, se le restan unas garantías y otras se hacen extensivas al marido. En efecto, junto a la supresión del privilegio de renunciar a la "comunidad", se ponen en pie de igualdad la hipoteca legal, la solicitud de separación judicial de bienes, el "bénéfice d'émolument" y la transferencia judicial de facultades.

Ahora bien, a pesar de las profundas modificaciones, y como iremos viendo, la equiparación no es absoluta.

2.- Conformación de las masas patrimoniales

Los artículos 1401 a 1408 C.C. determinan qué bienes son gananciales y qué bienes son privativos.

Bienes gananciales: 1º) Los adquiridos por los cónyuges, conjunta o separadamente, con el trabajo o industria de cualquiera de ellos, con las economías realizadas sobre los frutos y con las rentas de sus bienes privativos (art. 1401, párr. 1 C.C.). 2º) Los bienes reservados de la mujer (art. 1401, párr. 2 C.C.). 3º) Los frutos percibidos y no consumidos de los bienes privativos (art. 1403 C.C.). 4º) Los bienes cuya propiedad exclusiva no puede ser demostrada por ninguno de los cónyuges (art. 1402 C.C.). 5º) Los instrumentos de trabajo necesarios para la profesión de un cónyuge que sean accesorios de una explotación ganancial (art. 1404, párr. 2 C.C.). 6º) Los bienes donados conjuntamente a ambos esposos (art. 1405, párr. 2 C.C.)

Bienes privativos: 1º) Los que les pertenecían en propiedad o en posesión a la celebración del matrimonio (art. 1405, párr. 1 C.C.). 2º) Los que adquieran a título gratuito durante la vigencia del régimen (art. 1405, párr. 1 C.C.). 3º) Los bienes dejados o cedidos por el padre o madre u otro ascendiente a uno de los cónyuges, ya

sea en pago de una deuda, ya sea con la carga de pagar las deudas del donante a un extraño (art. 1405, párr. 3 C.C.). 4º) Los bienes adquiridos a título de accesorios de un bien privativo, así como los nuevos valores y los restantes incrementos derivados de los valores mobiliarios privativos (art. 1406, párr. 1 C.C.). 5º) Los créditos e indemnizaciones que por subrogación real reemplacen a los bienes privativos, así como los bienes adquiridos por empleo o reinversión con arreglo a los arts. 1434 y 1435 (art. 1406, párr. 2 C.C.). 6º) Los adquiridos por permuta de bienes privativos (art. 1407, párr. 1 C.C.). 7º) La adquisición por subasta u otro modo, de una parte de un bien del cual un cónyuge era propietario pro indiviso (art. 1408 C.C.). 8º) Los bienes que tengan carácter personal y los derechos exclusivamente atribuidos a la persona, denominados privativos por naturaleza: ropas y objetos de uso personal; resarcimientos por daños físicos o morales inferidos a los cónyuges; créditos y pensiones intransmisibles y los instrumentos de trabajo necesarios para la profesión de un cónyuge (art. 1404, párrs. 1 y 2 C.C.).

Una segunda cuestión de gran importancia en el ámbito de la conformación de las masas patrimoniales es la **presunción de ganancialidad** establecida por el art. 1402 C.C.

La presunción del art. 1402 C.C. "todos los bienes muebles o inmuebles, cuya propiedad privativa no pueden probar los cónyuges, se reputan gananciales", es, ante todo, una regla de prueba cuya aplicación permite distinguir los bienes gananciales de los privativos¹⁹⁹.

La presunción de ganancialidad juega en un doble plano: en el de las relaciones entre cónyuges y en el de las relaciones de éstos con terceros.

En el plano de las relaciones entre cónyuges la regla del art. 1402 C.C. desempeña el papel de presunción de propiedad: quien alega la propiedad debe

¹⁹⁹ El párrafo 2 del art. 1402 establece la forma en que ha de realizarse la prueba de la propiedad privativa. Como regla general, la prueba ha de establecerse por escrito. Sin embargo, el mismo precepto establece una excepción: el juez podrá admitir la prueba por testimonio o presunciones cuando le conste que uno de los cónyuges se ha visto material y moralmente imposibilitado para procurarse un documento escrito.

probarla y, en caso de duda, el bien es ganancial.

En el plano de las relaciones de los cónyuges con terceros, la presunción pierde su aparente simplicidad. En ciertos sectores cede ante reglas especiales; en los que podríamos llamar de aplicación libre, no siempre juega del mismo modo.

En efecto, las presunciones de los arts. 221 y 222 C.C. priman sobre la presunción de ganancialidad, si bien sólo en el ámbito de los bienes a los que se refieren dichos artículos y en lo referente a su gestión²⁰⁰.

El art. 1411, párr. 2 C.C., contiene, por su parte, una norma excepcional que también prima sobre el art. 1402. El art. 1411 establece lo que se ha dado en llamar "presunción de privativos". De esta disposición se deriva que los acreedores personales de un cónyuge, que solamente podrían embargar los bienes privativos de su deudor, pueden intentar la ejecución de sus créditos sobre los bienes gananciales cuando, por la razón que sea, se ha producido una confusión de patrimonios. No obstante, la presunción desplegará sus efectos entre los cónyuges a la disolución del régimen.

Cuando la presunción despliega sus efectos libremente, hay que distinguir según incida sobre las facultades de gestión de los cónyuges o sobre el derecho de ejecución de los acreedores.

En el primer caso, admitido que todos los bienes se reputan adquiridos por el marido, incluso cuando la mujer ejerce una profesión distinta²⁰¹, la presunción produce efectos diversos según la gravedad de los actos que los cónyuges se propongan realizar. En caso de actos de conservación, administración y los de disposición, para los que no se exige el consentimiento de ambos, produce efectos desiguales para el hombre y la mujer. Beneficia al marido en la gestión de los bienes comunes y de sus bienes privativos, pues puede ejercer las facultades que la ley le confiere sin necesidad

²⁰⁰ Véase supra apdo. B) II, 4.

²⁰¹ Véase, por todos, CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 317. En contra, FRENISY, "La preuve de la propriété et des pouvoirs dans les régimes matrimoniaux, depuis la loi du 13 juillet 1965", cit., pág. 77.

de probar el carácter del bien. Por el contrario, perjudica a la mujer, ya que cuando quiere realizar alguno de esos mismos actos debe probar el carácter reservado o privativo del bien. En el supuesto de actos de disposición para los que se requiere el consentimiento de ambos, los efectos son iguales para los dos: el que quiera realizar un acto de esa naturaleza deberá probar el carácter privativo del bien u obtener el consentimiento de su consorte.

En el segundo caso también se produce una disparidad. La presunción favorece a los acreedores que tienen acción sobre la totalidad de los bienes comunes (art. 1414, párr. 1 C.C.): cuando embargan un bien, es el cónyuge no deudor quien debe probar que el mismo es privativo suyo. De la misma manera, perjudica a los que sólo tienen acción contra los privativos de su deudor (art. 1410 y, a reserva de la confusión de bienes muebles, art. 1411, párr. 2 C.C.), pues deben probar el carácter privativo del bien que quieren embargar.

Al margen de estos supuestos, admitido que la presunción de ganancialidad afecta sólo a los gananciales ordinarios y no a los reservados²⁰², la presunción termina reforzando el crédito personal del marido y debilitando, correlativamente, el de la mujer. Los acreedores por deudas originadas por actos del marido tienen acción contra todos los bienes comunes ordinarios (art. 1413 C.C.), y todos los bienes se reputan como tales salvo que la mujer pruebe el carácter reservado (o privativo) de los mismos. Por el contrario, los acreedores de la mujer no pueden embargar los bienes reservados sin establecer previamente el carácter reservado o privativo de los mismos.

No obstante, las reglas del régimen primario atemperan esta desigualdad. Al establecer que los bienes gananciales y los privativos de ambos esposos responden de las deudas contraídas por cualquiera de ellos en el ejercicio de la potestad doméstica, la ley confiere el mismo crédito al marido y a la mujer para este tipo de actos.

3.- La gestión de los bienes

Frente a la concentración de facultades en manos del marido que existía en el

²⁰² Véase, por todos, MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., págs. 76 y 187.

Código Civil, la Ley de 13 de julio del 65 ha mejorado considerablemente la situación de la mujer: además de hacerla cogestora de los bienes gananciales, le asegura la independencia en la gestión de sus bienes privativos.

3.1. La gestión de los bienes gananciales

El nuevo art. 1421 C.C. mantiene la regla del Código Civil "el marido administra solo la sociedad". Sin embargo el principio no es absoluto, pues el mismo precepto le hace responsable de las faltas que pueda cometer y, además, la mujer es cogestora.

Según el párrafo 2 del art. 1421 C.C. el marido puede, incluso, disponer de los bienes gananciales, siempre que sea sin fraude y respetando las excepciones establecidas. Pero lo cierto es que la mayoría de los actos de disposición están incluidos en las excepciones y, por ende, requieren el consentimiento de la mujer. No obstante, el marido puede disponer por sí solo de los valores mobiliarios gananciales, no porque no se trate de actos de disposición, sino porque el legislador ha tenido que articular algunos sectores de actuación unilateral para obviar las dificultades prácticas que podría entrañar la exigencia del concurso de la mujer²⁰³. Igualmente, puede disponer de los bienes gananciales por testamento, pero dentro de los límites marcados por el art. 1423 C.C.: la disposición no puede exceder de la cuota que le corresponda.

Por su parte, el art. 1425 C.C. confiere a la mujer las mismas facultades que el art. 1421 otorga al marido, para que administre los bienes reservados.

Ya se ha indicado que el principio que atribuye al marido la administración de la sociedad se encuentra limitado por la regla de la cogestión. Y, en efecto, el marido debe recabar el consentimiento de la mujer para las donaciones inter vivos, ciertas enajenaciones a título oneroso, algunas constituciones de derechos reales y para ciertos arrendamientos.

²⁰³ VERDOT, "De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes 'd'administration' et des actes de 'disposition'", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1968, págs. 449 y ss., pág. 467.

El art. 1422 C.C. dispone que el marido no puede, ni siquiera para el establecimiento de los hijos comunes, disponer inter vivos, a título gratuito, de los bienes gananciales, sin el consentimiento de la mujer.

La regla se aplica a todas las donaciones, incluidas las indirectas, pero única y exclusivamente a las donaciones y no a todos los actos a título gratuito, pues la jurisprudencia tiene establecido que lo importante es que el acto no implique el desposeimiento inmediato y definitivo de un elemento patrimonial²⁰⁴.

Los arts. 1424 y 1425 supeditan al consentimiento de la mujer la enajenación de ciertos bienes considerados especialmente importantes, así como la constitución de derechos reales sobre esos mismos bienes. En consecuencia, el marido no puede por sí solo enajenar o gravar los inmuebles, establecimientos mercantiles, explotaciones dependientes de la sociedad, derechos sociales no negociables, ni los bienes muebles cuya enajenación está sometida a publicidad, no pudiendo tampoco percibir los capitales procedentes de tales operaciones²⁰⁵. Paralelamente, tampoco puede arrendar una explotación rural o un inmueble para uso mercantil, industrial o artesanal. Si el consentimiento, en este último supuesto, no fuese necesario o se hubiese omitido, las facultades del marido serán las mismas que las establecidas para los arrendamientos que concluya un usufructuario²⁰⁶.

²⁰⁴ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág 201. Sin embargo, y siempre según la jurisprudencia, la norma no afecta a las ganancias y salarios del marido, pues aunque son bienes gananciales, éste puede disponer de ellos siempre que haya satisfecho su contribución a los gastos de la familia.

²⁰⁵ La Ley de 10 de julio de 1982, sobre cónyuges de artesanos y comerciantes que trabajen en la empresa familiar, contiene una disposición particular exigiendo el consentimiento expreso del cónyuge del comerciante o del artesano para enajenar o gravar los elementos del establecimiento mercantil o de la empresa artesanal dependientes de la sociedad que, por su importancia o por su naturaleza, son necesarios para la explotación de la empresa; para arrendar el establecimiento o la empresa y para percibir los capitales procedentes de tales operaciones (Ley de 10 de julio 1982, art. 2). En caso de no haber prestado consentimiento, el cónyuge del empresario puede pedir la anulación del acto (Ley de 10 de julio 1982, art.2, párr.2).

²⁰⁶ La nueva redacción dada al art. 595 C.C. por la Ley de 13 de julio de 1965, lleva a que el marido no puede concluir un arrendamiento por un plazo superior a 9 años, ni renovarlo tres o dos años antes de su extinción, según se trate, respectivamente, de arrendamientos rústicos o urbanos.

El desconocimiento de las reglas de la gestión de los bienes gananciales puede sancionarse con la anulación del acto irregular, la puesta en juego de la responsabilidad del administrador e incluso con la transferencia judicial de facultades.

La nulidad de los actos irregular o fraudulentamente realizados viene sancionada en el párrafo 1 del art. 1427 C.C. El ámbito de la responsabilidad del administrador es muy amplio. Si bien el art. 1421 C.C. parece limitarla a los actos de administración y disposición, la doctrina se muestra partidaria de que el marido (y la mujer en cuanto a los bienes reservados, por la remisión del art. 1425 al art. 1421) sea responsable de todos sus actos²⁰⁷.

El último grado de la sanción lo constituye la transferencia judicial de facultades. Tres disposiciones legales penalizan la mala gestión de los cónyuges: el ya examinado art. 220-1 C.C.²⁰⁸; el art. 1443 C.C. que permite a un cónyuge solicitar la separación judicial de bienes si la mala gestión, o la mala conducta del otro, ponen en peligro los intereses del demandante, y el art. 1426 C.C. que, a diferencia de la representación judicial del art. 219 C.C., contempla la sustitución del administrador por su cónyuge cuando se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad, cuando demuestra su incapacidad técnica para gestionar los bienes y cuando se pone de manifiesto que su actuación es fraudulenta.

La sustitución de un cónyuge por otro no produce un efecto habilitador unilateral, es decir, el esposo habilitado deberá recabar la autorización judicial para llevar a cabo los actos para los que, en condiciones normales, se requería su consentimiento (art. 1426, párr. 2 C.C.).

Por otra parte, la sustitución produce efectos entre los cónyuges y frente a terceros. El cónyuge que asume las facultades asume, igualmente, las responsabilidades correspondientes. En lo que a los terceros se refiere, la remisión del art. 1426, párr. 1 al art. 1445, párr. 2 C.C. implica que los efectos de la declaración judicial de transferencia de las facultades se retrotraen a la fecha de la demanda, lo que conlleva

²⁰⁷ Véase, por todos, MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág 212.

²⁰⁸ Véase supra apdo. B) II, 6.

una reducción de la garantía de los acreedores del cónyuge desapoderado, con independencia de su derecho a entablar una terceraía.

La transferencia no es ilimitada, el cónyuge desapoderado puede solicitar la restitución demostrando que ya no hay razones que la justifiquen (art. 1426-3 C.C.).

3.2.- La gestión de los bienes privativos

El art. 1428 C.C.²⁰⁹ establece el principio de que "cada cónyuge conserva la administración, el disfrute y la libre disposición de sus bienes privativos". Ahora bien, al igual que en el ámbito de la gestión de los gananciales, el principio no es absoluto.

De una parte, el libre ejercicio de las facultades de un cónyuge puede verse contrarrestado en la práctica con algunas dificultades de prueba. Si bien puede prevalecerse de las presunciones de los arts. 221 y 222 C.C., corre el riesgo de tropezar con la presunción de ganancialidad del art. 1402 C.C.. De otra, la facultad de disposición puede verse limitada por las normas del régimen primario. Y, por último, el derecho de goce de los bienes privativos se encuentra restringido por la vocación ganancial de las rentas de dicho bienes²¹⁰.

En principio, y a la vista del art. 1428 C.C., ninguno de los cónyuges tiene facultades sobre los bienes privativos del otro. Sin embargo, no son raros los casos en que uno se entromete en la gestión del otro.

Las consecuencias de la interferencia son distintas según las condiciones en que ésta se produzca. El art. 1431 C.C. establece la aplicabilidad del mandato entre cónyuges, pero aminorando la responsabilidad del mandatario: sólo debe rendir cuentas si así se ha establecido expresamente.

Puede suceder que, sin mediar mandato, un cónyuge administre los bienes del

²⁰⁹ Este precepto expresa una de las reformas más importantes aportadas por la Ley de 13 de julio de 1965.

²¹⁰ Véase supra apdo. B) IV, 2.

otro. Para este supuesto el art. 1432 C.C. contempla dos hipótesis.

Si el cónyuge propietario tiene conocimiento de la actuación de su consorte y no se opone a ella, se reputa que aquél ha recibido un mandato tácito que abarca los actos de administración y disfrute pero no los de disposición (art. 1432, párr. 1 C.C.), y en virtud del cual responde de los frutos existentes, debiendo rendir cuentas de los frutos dejados de percibir o fraudulentamente consumidos en los últimos 5 años (art. 1432, párr. 2 C.C.).

Si el cónyuge propietario se opone a la gestión del otro, éste responderá de todas las consecuencias de su intromisión y deberá rendir cuentas sin límites de todos los frutos percibidos, dejados de percibir o fraudulentamente consumidos (art. 1432, párr. 3 C.C.).

Por último, y aunque se trata de una protección reservada a la mujer y que despliega sus efectos aun sin oposición de ésta, el marido que se inmiscuye en las operaciones de enajenación de un bien privativo de su esposa o en las operaciones de cobro de dinero, pasa a ser, por excepción, garante de la falta de inversión o reinversión de los bienes privativos de la mujer (art. 1430 C.C.)²¹¹.

La organización de la gestión de los bienes privativos, al igual que la de los gananciales, puede verse judicialmente alterada. En efecto, el art. 1429 C.C. establece que si uno de los cónyuges se encuentra imposibilitado, de forma duradera, para manifestar su voluntad, o si pone en peligro los intereses de la familia, sea dejando perecer sus bienes privativos, sea dilapidando o malversando las rentas que retira, puede, a petición de su consorte, ser desposeído de los derechos de administración y disfrute que la ley le reconoce aunque conservando la disposición de la nuda propiedad de dichos bienes. Este desapoderamiento conlleva la designación de un administrador

²¹¹ La norma del art. 1430 es considerada un anacronismo que casa mal con el espíritu igualitario de la Ley del 65 (Véase, por todos, MARTY et RAYNAUD, *Droit civil*..., cit., pág. 211) y cuya derogación, en la versión del Código Civil – antiguo art. 1450 –, ya había sido solicitada por algunos autores inmediatamente después de la promulgación de la Ley de 22 de septiembre de 1942 (Cfr. VASSEUR, "Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1949, págs. 173 y ss., pág. 208).

que tendrá que administrar los bienes y percibir los frutos para afectarlos a las necesidades de la familia, empleando los excedentes en beneficio de la sociedad.

4.- La disolución del régimen

El art. 1441 C.C. enumera las causas de disolución del régimen: muerte, declaración de ausencia, separación de cuerpos, separación de bienes y cambio de régimen matrimonial. Y, a continuación, el art. 1442 C.C. formula una regla común: todas las causas surten efecto desde el momento en que cesaron la colaboración y la cohabitación. Por último, el art. 1443 hace referencia a la separación judicial de bienes que, según el art. 1449 C.C., se regirá por las disposiciones de los arts. 1536 y siguientes del mismo cuerpo legal ²¹².

Producida la disolución del régimen, la organización de los bienes descansa en una "comunidad postsocietaria" que concluirá con la liquidación y partición de los bienes gananciales.

Con anterioridad a la Ley de 31 de diciembre de 1976, sobre particiones, la administración de los bienes indivisos requería el acuerdo unánime de los partícipes. A partir de la mencionada Ley, la comunidad se rige por las disposiciones de los arts. 815-1 y siguientes del Código Civil.

En líneas generales, cada uno de los partícipes puede llevar a cabo los actos conservatorios (art. 815-2 C.C.). Los actos de administración y disposición, por el contrario, requieren el consentimiento de todos ellos (art. 815-3 C.C.). Los arts. 815-4 y 815-5 C.C. organizan un régimen de habilitación judicial comparable al de los arts. 217 y 219 C.C., y los arts. 815-6 y 815-7 C.C. permiten solicitar la adopción de medidas análogas a las del art. 220-1 C.C.²¹³. En cuanto al derecho de uso y disfrute, el art. 815-9 C.C. dispone que cada partícipe puede usar y disfrutar de los bienes conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de los otros. Por último, el partícipe que utiliza privativamente los bienes comunes responde de los

²¹² Véase infra apdo. B) V, 2.1.

²¹³ Véase supra apdo. B) II, 6.

deterioros debidos a su actuación (art. 815-13, párr. 2 C.C.) y, correlativamente, tiene derecho a una indemnización cuando aporta alguna mejora a dichos bienes (art. 815-13 C.C.).

Antes de proceder a la liquidación de la masa común, se debe abrir una cuenta de recompensas²¹⁴ a nombre de cada esposo y de la sociedad para hacer constar el montante de las indemnizaciones que puedan deberse (art. 1468 C.C.)²¹⁵.

Efectuado el balance, si el saldo es favorable a la masa ganancial, los esposos devolverán la diferencia, y si es favorable a los cónyuges, éstos podrán optar por el pago en metálico o por una atribución preferente de bienes gananciales (art. 1470 C.C.). Este derecho se ejercita en primer lugar sobre el dinero, a continuación sobre los muebles y por último sobre los inmuebles gananciales, gozando la mujer de preferencia sobre el marido para el cobro (art. 1471 C.C.), al tiempo que el art. 1472 C.C. le concede, en caso de insuficiencia de los bienes gananciales, el derecho de hacer efectivas las recompensas sobre los bienes del marido.

Una vez realizadas estas detracciones, el remanente se reparte por mitad entre los cónyuges (art. 1475 C.C.)

²¹⁴ Los arts. 1433 y 1437 C.C. establecen cuándo son procedentes las recompensas. En concreto, la sociedad debe indemnizar a los cónyuges por el cobro de dinero procedente de la enajenación de un bien privativo; por el cobro de una suma privativa cualquiera que sea su procedencia; por las mejoras aportadas a los bienes gananciales con fondos privativos y por el pago de una deuda que debe quedar definitivamente a cargo de la sociedad. Correlativamente, los esposos deben indemnizar a la sociedad por el pago de una deuda privativa; si se han usado bienes gananciales en beneficio de los bienes privativos; por las rentas de los bienes privativos que el cónyuge dejó de percibir o consumió fraudulentamente, y, de modo general, por todos los gastos de la sociedad en beneficio de uno de los cónyuges.

²¹⁵ El montante de las indemnizaciones, según el art. 1469 C.C., es igual a la cifra más baja de las sumas que representan el gasto realizado y el beneficio obtenido. En cualquier caso, éste no puede ser inferior al gasto cuando el mismo era necesario. Cuando el valor prestado ha servido para adquirir, conservar o mejorar un bien que a la disolución de la sociedad se encuentra en el patrimonio deudor, la recompensa será, cuando menos, igual al beneficio que se aprecie a la disolución del régimen; cuando el bien adquirido se ha enajenado en el transcurso del régimen, el cálculo se efectúa de acuerdo con el valor del bien al tiempo de la enajenación y, si uno nuevo sustituye al enajenado, el beneficio se calcula sobre el nuevo.

5.- Liquidación de las deudas y protección de los acreedores

A la hora de examinar la liquidación de las deudas que se han originado durante la vida en común hay que tener en cuenta la existencia de dos momentos temporales –vigencia y disolución del régimen– y dos planos de relaciones – de los cónyuges con terceros y de los cónyuges entre sí–. Por ello vamos a exponer sucesivamente cómo se articulan los derechos de los terceros en esos dos momentos y cómo se regulan los créditos de los cónyuges entre sí.

5.1.- Derechos de los acreedores en el transcurso del régimen

El matrimonio y el régimen matrimonial no tienen ninguna incidencia sobre el régimen general de la asunción de obligaciones, ni sobre la realización del principio de la responsabilidad patrimonial universal, y, por tanto, la garantía del acreedor de un cónyuge casado en régimen de gananciales permanece intacta.

Mientras no se hayan convertido en "ganancias", ni se hayan consumido, la garantía de los acreedores abarca no sólo los bienes privativos del cónyuge deudor, sino también las ganancias (o productos) de su trabajo y los frutos de sus bienes privativos como consecuencia del poder de disposición que sobre ellos les confieren los arts. 224 y 1428 C.C.

Junto a los patrimonios privativos, la sociedad supone la existencia de una masa de bienes y deudas que permanecerá diferenciada hasta su liquidación y reparto.

Durante la vigencia del régimen, la sociedad sólo responde de un determinado número de deudas. Aun cuando se incluyen la mayoría de las deudas conyugales, se produce una selección legal para formar –mientras dura la sociedad–el denominado "pasivo provisional". Dicho pasivo comprende las siguientes deudas: 1) De ambos cónyuges *contraídas solidaria* (art. 220, párr.1 C.C.) o *conjuntamente* (art. 1418, párr. 2 C.C.). 2) Del marido por todo el pasivo por el que resulta obligado personalmente durante la vigencia del régimen (art. 1413 C.C.). 3) De la mujer en casos excepcionales: a) deudas no contractuales (art. 1414, párr. 1 C.C.); b) deudas contractuales contraídas con el consentimiento del marido (art. 1420 C.C.) o mediando

la habilitación judicial que previene el art. 1419 C.C. (art. 1414, párr. 2 C.C.)²¹⁶; c) deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica (arts. 220 y 214 C.C.).

Además de los acreedores con los cuales se obliga la mujer (fuera de los supuestos que acabamos de ver) son acreedores privativos los del patrimonio que aporta cada esposo al casarse, o que recibe a continuación por donación o herencia.

Los acreedores anteriores al matrimonio no pierden ni un ápice de la garantía que tenían antes de la celebración del matrimonio o de la aceptación de la donación o de la herencia. La única dificultad proviene del hecho de que sobre las ganancias, constitutivas posteriormente del ahorro familiar, están obligados a esperar a la disolución y partición de la sociedad, para poder ejecutar su derecho sobre la parte correspondiente a su deudor. No obstante, pueden embargar las rentas de su deudor, lo que les coloca en mejor situación que a los acreedores comunes que casi nunca tienen seguridad de que dichas rentas lleguen para garantizar su crédito.

En efecto, suprimido el usufructo de la sociedad, las rentas de los bienes privativos (art. 1428 C.C.) y del trabajo de cada cónyuge (art. 224 C.C.) permanecen a su disposición, lo que supone que antes de que sean consumidas o pasen a ser "ganancias", sirven de garantía a los acreedores, salvo en la parte de los salarios que la ley declara inembargables.

Estas ideas concuerdan con el art. 1410 C.C. que extiende el carácter de privativas a las deudas que constituyen los intereses de las obligaciones privativas.

²¹⁶ La fórmula, aparentemente ambigua, del art. 1414 C.C. ha planteado numerosas dificultades a la doctrina. En general los autores reconocen que la "entrada en sociedad" no debería extenderse a todas las obligaciones de la mujer consentidas, en sentido amplio, por el marido (Véase PONSARD, "Commentaire de la loi 65-570 du 13 juillet 1965...", cit., pág. 145) pues, en una potestad doméstica conjunta, las obligaciones contraídas por un cónyuge tienen el consentimiento implícito del otro, si bien sólo obligan al que las contrae. Se ha intentado incluso distinguir entre consentimiento y autorización (PONSARD, *ibidem*), desconociendo el espíritu de la Ley, según el cual la mujer no necesita autorización porque es plenamente capaz.

Por lo demás, la imposibilidad de los acreedores privativos de ejecutar sus créditos sobre el "mobiliario" ganancial exige que los cónyuges no hayan confundido con éste el aportado o heredado (art. 1411, párr. 2 C.C.). Pero ello no significa que el art. 1411, párr. 2 sustraiga tales bienes a la garantía de los acreedores comunes concurrentes. Dicho efecto se produce también a la inversa, los bienes ex-privativos pasan a ser garantía, a la vez, de los acreedores comunes y de los acreedores personales.

Producida esta concurrencia, los acreedores personales siguen teniendo la posibilidad de –con todos los medios de prueba del art. 1402 C.C.– reivindicar, en nombre de su deudor, los muebles determinados que han escapado a la confusión.

Por último, cabe señalar que la delimitación de los acreedores personales y comunes dependerá, en lo que a los bienes aportados al matrimonio se refiere, de la fecha de su crédito.

En relación con las obligaciones "profesionales" de la mujer, baste con lo ya indicado al tratar del régimen primario²¹⁷.

5.2.– Derechos de los acreedores tras la disolución y, especialmente, al tiempo de la partición.

La comunidad postsocietaria constituye una masa en la que los bienes siguen respondiendo de las deudas que los gravaban al producirse la disolución. Concretamente, los bienes reservados siguen garantizando el derecho de los que eran acreedores de la mujer durante la vigencia de la sociedad, al igual que los gananciales ordinarios siguen garantizando a los que eran acreedores anteriores del marido. Ahora bien, las obligaciones posteriores de los cónyuges se verán garantizadas con los bienes que les sean adjudicados y con los privativos correspondientes.

Las economías (ahorros) de uno y otro cónyuge, que no se hayan consumido,

²¹⁷ Véase supra apdo. B) II, 7 y 8.

pasan a ser bienes gananciales²¹⁸ y, por tanto, a formar parte de la garantía de los acreedores comunes.

La posición de los acreedores personales no varía y, en todo caso, se ampliará con los bienes adjudicados a su deudor.

Ahora bien, aunque la garantía de los acreedores se amplíe con los derechos de su deudor sobre los bienes gananciales, dichos acreedores personales no pueden iniciar aún la ejecución sobre tales bienes, pues el art. 815-17 C.C. se opone a la ejecución de bienes indivisos por los acreedores de un partícipe en tanto no se haya producido la partición.

En cualquier caso, tanto los acreedores comunes como los personales pueden intervenir en la partición (art. 815-17, párr. 1 C.C.) y pueden, incluso, solicitarla (art. 815-17, párr. 3 C.C.) y, a fin de impedir que se haga sin su intervención y en su detrimento, pueden ejercer el derecho que les confiere el art. 882 C.C. de oponerse a la misma.

La presencia de los acreedores en la partición, e incluso su oposición a la misma, equivalen, según la jurisprudencia²¹⁹, al embargo del crédito de atribución que uno o ambos cónyuges puedan tener como resultado del proceso de liquidación y partición.

Si son acreedores de la sociedad, tienen, en el transcurso de la liquidación, un derecho de concurrencia con el cónyuge que, a su vez, sea acreedor de la sociedad por sus recompensas. Pero estos acreedores acumularán este derecho, que se refiere a las cuentas de liquidación, con su posterior derecho de ejecución sobre los bienes adjudicados a su deudor una vez efectuada la partición. Y, por tanto, el ejercicio de los derechos de los acreedores puede topar con dos obstáculos: la hipoteca legal²²⁰

²¹⁸ Véase supra apdo. B) IV, 2.

²¹⁹ SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle...*, cit., pág. 245.

²²⁰ La hipoteca legal sigue siendo, en principio, un privilegio, que se puede pactar en las capitulaciones matrimoniales, conferido a la mujer (art. 2135 C.C.). No obstante,

inscrita por uno de los esposos y el beneficio de utilidad (bénéfice d'émolument)²²¹ de un cónyuge cuando no se haya obligado personalmente con ellos.

La finalidad de la hipoteca legal es garantizar el crédito de un cónyuge frente al otro, de lo que deriva que, en caso de que exista pluralidad de acreedores, el cónyuge acreedor tiene preferencia sobre el resto para cobrarse sobre el precio obtenido con la venta del bien hipotecado.

El beneficio de utilidad limita la obligación de un cónyuge frente a los acreedores comunes al valor de lo que ha recibido en la partición. En consecuencia, y dado que cada cónyuge sólo responde por mitad de las deudas comunes asumidas por el otro (art. 1483, párr.2 C.C.), el cónyuge beneficiario podrá negarse al pago desde el momento en que no obtiene ningún incremento patrimonial.

5.3.- Regulación de los créditos entre los cónyuges

Una vez consumada la partición, si uno de los cónyuges, por la causa que sea, es acreedor personal del otro, puede ejecutar su crédito sobre la cuota que le haya correspondido o sobre los bienes privativos (art. 1478 C.C.). Sin embargo, estos créditos no dan lugar a un derecho de atribución preferente y no devengan intereses en tanto no se haya procedido al requerimiento.

Ahora bien, puede suceder que, una vez efectuada la partición quede todavía sin pagar alguna deuda conyugal (art. 1482 , párr 1 C.C.). Lo lógico es que cada cónyuge contribuya en la medida que le corresponde, es decir, por mitad (art. 1485, párr. 1 C.C.), pero ello no impide que le sea reclamada la totalidad de la deuda (art. 1482, párr.2 C.C.). No obstante, si se ha visto obligado a pagar la totalidad de la deuda

la Ley de 13 de julio de 1965 ha modificado profundamente su ámbito, pues ahora beneficia al marido en tres casos: 1º) Cuando se trata de una hipoteca legal "judicial" (art. 2137 C.C.). 2º) Cuando se adopta el régimen de participación en las ganancias (art. 2136 C.C.) y 3º) Cuando se produce una transferencia de facultades en virtud de los arts. 1426 ó 1429 C.C.

²²¹ Véase supra nota 89. Este beneficio, concebido como garantía para la mujer permaneció así hasta que la reforma del 65 lo hizo extensivo al marido en el art. 1483 C.C.

no queda desamparado, pues el art. 1487 C.C. le concede acción para reclamar a su consorte el reembolso correspondiente, sin que éste pueda oponerle su beneficio de utilidad, dado que dicho beneficio juega frente a los acreedores y no entre los cónyuges²²².

V.- LOS REGIMENES CONVENCIONALES

En materia de regímenes convencionales la reforma del 65 mantiene los tradicionales de tipo comunitario, perfila el régimen de separación de bienes e introduce el nuevo régimen de la participación en las ganancias.

1.- Régimen de comunidad Convencional

En virtud del principio de la libertad de capitulaciones matrimoniales²²³ los cónyuges pueden adoptar el régimen económico que prefieran, pero también pueden limitarse a modificar convencionalmente el régimen de ganancias (art. 1497 C.C.).

El art. 1497 C.C. enumera, a título de ejemplo, algunas de las posibles convenciones:

a) Que se deroguen las reglas concernientes a la administración a través de las cláusulas de la mano común, mutua representación y unidad de administración.

Si se estipula la cláusula de la mano común, la administración y disposición de los bienes, incluidos los reservados, deben realizarse bajo la firma conjunta del marido y de la mujer, siendo solidarias las obligaciones así asumidas; si bien, los actos de conservación pueden realizarlos separadamente (art. 1503 C.C.).

Si se conceden la mutua representación, los actos de disposición han de realizarse con el consentimiento de ambos esposos (art. 1504 C.C.).

²²² SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle...*, cit., pág 256.

²²³ Véase supra apdo. B) III.

Si se pacta la cláusula de unidad de administración, se le confiere al marido la administración de los bienes privativos de la mujer (art. 1505 C.C.). En este caso, la mujer no obligará más que la nuda propiedad de sus bienes, privativos y reservados, salvo que las deudas sean profesionales o de las que según el art. 1414 C.C.²²⁴ deben entrar en el pasivo común, pues entonces obligará la plena propiedad de todos sus bienes (art. 1506 C.C.).

b) Que ciertos bienes se adjudiquen, previa indemnización, y a la disolución de la sociedad, a alguno de los cónyuges.

Este derecho consiste en la detracción de ciertos bienes que puede efectuar, si así se ha convenido, el cónyuge superviviente o uno de ellos para caso de disolución del régimen, pero con la obligación de tener en cuenta, también salvo pacto en contrario, el valor de lo detraído al tiempo de la partición (art. 1511 C.C.). En defecto de pacto, el valor lo fijará el juez (art. 1512 C.C.). Los bienes detraídos se imputan sobre la parte del esposo beneficiario y si su valor es superior al de ésta procederá el pago de una indemnización (art. 1514, párr. 1 C.C.). Y también pueden convenir que la indemnización se impute subsidiariamente sobre sus derechos en la sucesión del cónyuge fallecido (art. 1514, párr. 2 C.C.).

c) Que los esposos tengan participaciones desiguales. El esposo que sólo vaya a tener una cierta participación únicamente soportará las deudas comunes en la proporción equivalente al activo que reciba, siendo nulo el pacto que eleve la cantidad o que le dispense de pagar su parte proporcional (arts. 1520 y 1521 C.C.).

La atribución de la totalidad a uno de los cónyuges sólo puede pactarse para el caso de sobrevivencia, y el que retenga la totalidad estará obligado a satisfacer todas las deudas. También cabe que el sobreviviente perciba su mitad y el usufructo de la del fallecido (art. 1524 C.C.) sin que quepa considerar la existencia de donación (art. 1525 C.C.)

d) Que exista entre ellos Comunidad universal. En este caso, todos los bienes

²²⁴ Véase supra apdo. B) IV, 5.1.

son comunes a excepción, salvo pacto en contrario, de los que el art. 1404 C.C. declara privativos por naturaleza. En consecuencia, todas las deudas serán también comunes (art. 1526 C.C.).

e) Que la Comunidad comprenda los bienes muebles y los bienes gananciales (art. 1498 C.C.), es decir, que se pacte la vigencia del que fuera el régimen legal del Código Civil.

2.- Régimen de separación de bienes

2.1.- Origen y caracterización

La separación de bienes es el arquetipo de los regímenes disociativos, siendo el modelo que más netamente se opone al régimen de gananciales.

La separación de bienes puede ser convencional o judicial, según se haya pactado en capitulaciones o sea el resultado de un pronunciamiento judicial que pone fin al régimen de gananciales o de liquidación anticipada de las ganancias²²⁵. Ahora bien, cualquiera que sea el origen, el régimen de separación se rige por las mismas normas en virtud de la remisión de los artículos 1449, párr. 1º y 1580 párr. 3º del Código civil a los artículos 1536 a 1541 ("Del régimen de separación") del mismo cuerpo legal.

El régimen de separación²²⁶ se caracteriza por la ausencia de una masa común

²²⁵ Véase infra apdo. B) V, 3.4.

²²⁶ El carácter de régimen económico del sistema de separación de bienes ha sido negado por un amplio sector doctrinal, entendiendo que es un régimen que se caracteriza por la sumisión más completa de los esposos, en cuanto a sus bienes, al derecho común de las personas no casadas, por lo que, en cierto sentido, es más una ausencia de régimen que un régimen en sí (Véase, por todos, antes de la reforma, PLANIOL, RIPERT, NAST *Tratado práctico de derecho civil francés*", IX, *Regímenes económicos matrimoniales*, trad. de la 1ª ed. francesa por DIAZ CRUZ, La Habana, 1946, pág. 434; tras la Ley del 65, SAVATIER, *La séparation de biens en droit français*, Paris, 1973, págs. 7 y 47). Esta forma de entender el sistema de separación ha llevado a algún autor a tacharlo expresamente de insuficiente (RENAULD, "Rapport introductif" en *Les régimes matrimoniaux, Travaux de la deuxième Journée d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, 1966, págs. 9 y 10)

y por el hecho de que cada cónyuge conserva la propiedad, administración, disfrute y disposición de los bienes que poseía a la celebración del matrimonio y de los que adquiriera posteriormente por cualquier título (art. 1536, párr. 1º C.C.).

Sin embargo, esa independencia absoluta que parece presidir el régimen de separación no es tal, pues los cónyuges se encuentran con una serie de limitaciones que derivan de la aplicación de las normas imperativas del régimen primario.

2.2.- La separación de bienes y deudas

Cada uno de los cónyuges conserva los bienes que le pertenecían al contraer matrimonio, pudiendo adquirir otros en el transcurso del régimen por cualquier título y, de forma especial, por inversión de los ahorros efectuados sobre sus salarios²²⁷.

Los bienes adquiridos durante el régimen pertenecen al cónyuge en cuyo nombre se hizo la adquisición, y no al que los pagó²²⁸.

Cuando los cónyuges adquieren conjuntamente un bien, se produce una comunidad ordinaria cuya partición puede ser solicitada por cualquiera de los esposos y en cualquier momento. La jurisprudencia²²⁹ ha venido admitiendo que los cónyuges pueden pactar que el bien ha sido adquirido por cada uno bajo condición de sobrevivencia, de tal forma que el superviviente será considerado, retroactivamente, como único propietario desde el día de la adquisición.

²²⁷ En el régimen de separación los bienes reservados son bienes privativos de la mujer y su calificación como reservados no añade nada a las facultades que la mujer tiene sobre ellos (CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 689).

²²⁸ Cuando se demostraba que el pago había sido hecho en concepto de donación, la jurisprudencia se mostraba proclive a considerar ese pago como una donación encubierta, nula en virtud del art. 1099, párr. 2 C.C., y que afectaba al bien mismo. La situación ha variado sensiblemente tras la Ley de 28 de diciembre de 1967, sobre donaciones entre esposos, pues según el nuevo art. 1099-1 C.C., la donación sólo afecta al dinero empleado y no al bien adquirido.

²²⁹ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, cit., pág. 591; COLOMER, *Droit civil...*, cit., pág. 552.

Desde el punto de vista del pasivo, cada cónyuge responde de sus deudas, anteriores y posteriores (art. 1536, párr. 2 C.C.). Pero esta independencia se ve recortada por las disposiciones del régimen primario: ambos cónyuges responden solidariamente de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 220 C.C.) y ambos deben contribuir a los gastos de la familia en proporción a sus recursos respectivos (art. 214 C.C.), si bien, pueden regular a su arbitrio el modelo contributivo (art. 1537 C.C.).

2.3.- La gestión de los bienes

Cada cónyuge conserva la administración, el goce y la libre disposición de sus bienes como si no estuviera casado (art. 1536, párr. 1 C.C.).

Estas facultades resultan limitadas por las normas del régimen primario. Así, un cónyuge no puede disponer por sí mismo de los derechos que aseguran el domicilio familiar²³⁰, ni del mobiliario sito en el mismo (art. 215, últ. párr. C.C.); si un cónyuge incumple gravemente sus obligaciones y pone en peligro el interés de la familia, el juez podrá adoptar todas las medidas urgentes que estime necesarias para la protección de dicho interés (arts. 220-1 a 220-3 C.C.).

Junto a las disposiciones restrictivas, hay normas del régimen primario que facilitan la gestión de los cónyuges²³¹. Así, en cuestión de bienes muebles, y especialmente en materia bancaria, los terceros que contratan con una persona casada se encuentran protegidos por las presunciones de los arts. 221 y 222 C.C.

Cuando un cónyuge gestiona los bienes del otro con su conocimiento, la ley asimila este "laissez-faire" a un mandato tácito, cuyo ámbito y consecuencias vienen determinados en el art. 1540 C.C.: puede realizar los actos de administración y disfrute, pero no los de disposición, respondiendo como un mandatario, si bien de forma

²³⁰ Véase supra apdo. B) II, 3.2.2.

²³¹ Una norma de orden público y ajena al régimen matrimonial, que también facilita el ejercicio de las facultades de los esposos, es el art. 1099-1 C.C., que protege a los terceros adquirentes de la anulación o de la revocación de las donaciones entre cónyuges.

atenuada, pues sólo responde de los frutos existentes.

Si la injerencia se produce con oposición expresa del otro, la responsabilidad se agrava, pues responde de los frutos percibidos, dejados de percibir y fraudulentamente consumidos (art. 1540, párr. 2 C.C.).

Cuando un esposo se interfiere en los actos de enajenación o de cobro del otro, la responsabilidad es aún mayor ya que se convierte, por excepción, en garante de la no inversión o reinversión de los bienes de su consorte (art. 1541 C.C.)²³².

En caso de que ambos cónyuges sean propietarios pro indiviso de un mismo bien, especialmente por haber realizado una adquisición conjunta o en virtud de la presunción de copropiedad del art. 1538, párr. 3 C.C., no pueden disponer del mismo si no es de mutuo acuerdo. A pesar de ello, si uno no puede manifestar su voluntad, o si su negativa no está justificada por la defensa del interés familiar, el otro puede, mediante una interpretación extensiva del art. 217 C.C.²³³, obtener autorización judicial para disponer por sí solo.

En cualquier caso, y de forma general, si un cónyuge se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad, el otro puede recabar la autorización judicial necesaria para representarle en el ejercicio de sus facultades (art. 219 C.C.).

2.4.- La prueba de la propiedad de los bienes

Si bien cada cónyuge conserva sus bienes y puede adquirir otros en el transcurso del matrimonio, los bienes de los esposos, y muy especialmente los bienes

²³² A diferencia de lo que sucede en el régimen legal -art. 1430 C.C.- esta agravación de la responsabilidad no recae "exclusivamente" sobre el marido, sino sobre el "cónyuge" que se ha inmiscuido en la gestión del otro.

²³³ Precisamente porque la separación de bienes es un régimen matrimonial y no una ausencia de régimen, resulta necesario que la independencia de los esposos sea corregida por la vía del art. 217 C.C., pues esa cotitularidad es una consecuencia del conjunto de relaciones entre cónyuges y, por tanto, del régimen en sí (AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág.102). En contra, CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 704.

muebles, se confunden con frecuencia. El tema de la propiedad de uno o varios bienes determinados puede plantearse, bien durante la vida del régimen, bien a su disolución, entre los cónyuges o entre éstos y sus acreedores. El art. 1538 C.C. establece algunos principios que, no obstante, pueden ser modificados en capitulaciones matrimoniales.

Si las capitulaciones matrimoniales no contienen ninguna estipulación relativa a la propiedad exclusiva de los bienes y ninguno de los esposos puede probarla, se presume que el bien en cuestión pertenece a ambos por mitad (art. 1538, párr. 3 C.C.)²³⁴. Al no establecer distinción alguna el texto legal, la solución es válida tanto en las relaciones entre esposos, como frente a terceros²³⁵. En lo que se refiere a las relaciones entre cónyuges, la solución ya había sido admitida por la jurisprudencia, lo que permitía comparar la situación resultante con la que derivaba de la presunción de ganancialidad²³⁶. Pero la situación era diferente en las relaciones de los cónyuges con terceros y, especialmente, en las de un cónyuge con los acreedores del otro: se estimaba que en tanto el cónyuge no deudor no presentase la prueba en contrario, los acreedores podían intentar la ejecución de su crédito sobre la totalidad de los bienes poseídos en común²³⁷. Frente a estas soluciones jurisprudenciales, la Ley del 65 articula una solución menos favorable para los acreedores, pero que permite resolver el conflicto entre los acreedores del marido y los de la mujer cuando intentan embargar los mismos bienes²³⁸: los acreedores por causa del ejercicio de la potestad doméstica y los que hubiesen obtenido la garantía solidaria de ambos cónyuges podrán embargar

²³⁴ La solución no es taxativa, pues cuando se trata de rentas pagadas por el Estado, abonadas en una cuenta conjunta, se presume que pertenecen a la mujer, salvo prueba formal en beneficio del marido, cuando ambos las reclaman al mismo tiempo (L. de 21 de febr. de 1948, art. 13, párr. 2)

²³⁵ AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 596. En contra, SAVATIER, *La séparation de biens en droit français*, cit., pág. 78.

²³⁶ PONSARD, "La présomption de communauté", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1948, pág. 386 y ss., págs. 423-424.

²³⁷ PLANIOL, RIPERT, BOULANGER, *Traité pratique de droit civil français*, IX, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1960, pág. 449.; PONSARD, "La présomption de communauté", cit., págs. 412-414.

²³⁸ PONSARD, "Commentaire de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965...", cit., pág. 167.

todos los bienes, sea quien sea el propietario. En cuanto a los acreedores de un solo cónyuge, podrán demostrar que el bien embargado es de propiedad exclusiva de su deudor.

La presunción de indivisión puede combatirse con todos los medios de prueba (art. 1538, párr. 1 C.C.), pudiendo intentarla los cónyuges entre sí y frente a terceros.

Estas reglas se aplican incluso cuando uno de los cónyuges está sometido a "règlement judiciaire" o a liquidación de bienes, para establecer frente a la masa el patrimonio del cónyuge in bonis (L. de 13 de jul. 1967, art. 55). En ese caso, los síndicos pueden, probando por todos los medios que los bienes adquiridos por el cónyuge del deudor lo han sido con medios proporcionados por éste, solicitar que dichas adquisiciones se incluyan en la masa (L. de 13 de jul. 1967, art. 57).

Ahora bien, lo más frecuente es que las capitulaciones matrimoniales contengan presunciones de propiedad, basadas fundamentalmente en la inscripción de un bien a nombre de uno de los esposos o en el lugar en que se encuentra ese bien.

Estas presunciones producen efectos frente a terceros, al igual que entre cónyuges, salvo que se haya pactado otra cosa (art. 1538, párr. 2 C.C.). La prueba en contrario, tanto entre cónyuges como frente a terceros, puede intentarse por todos los medios, considerándose como no puesta toda cláusula que descarte la prueba en contrario.

3.- Régimen de participación en las ganancias

3.1.- Ideas generales

La Ley de 13 de julio de 1965 se limitó a introducir el régimen de participación²³⁹ como un régimen convencional, renunciando a establecerlo como

²³⁹ La doctrina se muestra unánime en cuanto a que la divulgación europea del régimen de participación se produce a través de las legislaciones escandinavas (fundamentalmente la Ley Sueca del Matrimonio de 1920) y germánica (Ley de 18 de junio de 1957, de equiparación jurídica del hombre y la mujer).

Por el contrario, lo que sí es debatido es el origen del mismo. De una parte, para ZATJAY, "Les régimes matrimoniaux du droit hongrois", en *R.I.Dr. Comp.*, 1949,

régimen legal.²⁴⁰

La idea básica de este régimen es la de combinar las ventajas de los regímenes de separación y comunidad. De un lado, al igual que en la separación de bienes, cada cónyuge tiene libertad casi absoluta en lo relativo a la gestión de sus bienes; de otro, asocia a cada esposo en las ganancias obtenidas por el otro a lo largo del régimen.

La participación en las ganancias puede concebirse de dos maneras distintas: participación in natura, en la que las ganancias constituyen una masa efectiva que se repartirá a la disolución del régimen, y participación en valor, en la que la participación se asegura por el nacimiento de un derecho de crédito a favor de cada cónyuge y frente al otro.

El Proyecto Renoult se inclinaba hacia la participación in natura, mientras que

págs 274 y ss., el régimen se desarrolló en las costumbre húngaras de la Baja Edad Media, quedando fijado en la Opus Tripartitum de 1514, que constituye una recopilación del derecho consuetudinario magiar. Esta postura es sustentada en la doctrina española por LEON ARCE, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: El régimen de participación*, Oviedo, 1984, págs, 11 y ss. De otra parte, y también en la doctrina española, BALLESTER GINER, *Régimen de participación*, Ensayo, Valencia, 1980, pág. 4, dice: " En el Código magiar de 1-I-1953, vigente, no aparece regulado, ni existen vestigios en sus Códigos anteriores. El origen legal habrá por tanto que encontrarlo en aquel Código que por primera vez combinó separación y comunidad, y tras un detenido análisis del derecho comparado hemos llegado a la conclusión que el Código Hondureño de 1 de marzo de 1906, en sus artículos 169-2º (el régimen) y 172 (liquidación) es el pionero". Por último, y nuevamente en la doctrina española, DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XVIII, vol. 3º, Madrid, 1985, págs 10 y ss., considera que el origen del régimen de participación no hay que buscarlo en una fecha y lugar concretos, sino en cómo se llega a la configuración del régimen. Y a continuación precisa que el origen está en el régimen de separación, tratándose de un proceso que se inicia en el tránsito del régimen de separación al de comunidad, pero que se queda a mitad de camino.

²⁴⁰ La inserción de la participación en las ganancias vino a llenar un vacío que se venía denunciando desde hacía tiempo (PLANIOL, RIPERT, BOULANGER, *Traité pratique de droit civil français*, VIII, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1957, pág. 23). Hay que remontarse al año 1922 para encontrar la primera manifestación a favor de la adopción del régimen de participación como régimen legal; tras la propuesta de Henri Capitant en 1922, la Comisión Matter, creada en 1925, se decidió en este sentido y lo mismo sucedió con el Proyecto Renoult de 1932. Sin embargo, a partir del examen del Proyecto Renoult por el Senado en 1939, todos los proyectos sucesivos descartaron la participación como régimen legal.

la Ley del 65 se decantó por la participación en valor. No obstante, cabe la participación in natura cuando los cónyuges así lo hayan estipulado en sus capitulaciones matrimoniales²⁴¹.

3.2.- Funcionamiento del régimen: Aplicación del principio separatista

Según el art. 1569 C.C. "mientras dura el matrimonio, el régimen funciona como si los cónyuges estuvieran casados en régimen de separación de bienes".

De acuerdo con este precepto, no hay bienes comunes, sólo privativos, al igual que en régimen de separación y con las mismas excepciones previstas para éste.

La adquisición conjunta de bienes, la subsiguiente comunidad ordinaria que se establece entre los cónyuges y la prueba de la propiedad exclusiva de los bienes, se rigen por las mismas normas previstas para la separación, entrando en juego las mismas presunciones.

Las facultades de los esposos son igualmente las mismas que en caso de separación de bienes. El art. 1569 C.C. recoge palabra por palabra el texto del art. 1536 C.C., si bien añadiendo una precisión sobre la composición de los patrimonios: *"Cada cónyuge conserva la administración, el goce y la libre disposición de sus bienes, sin distinguir entre los que le pertenecían al tiempo de la celebración del matrimonio o que ha adquirido después por donación o herencia y los que ha adquirido durante el matrimonio a título oneroso"*.

De la misma forma que en la separación de bienes, estas facultades se encuentran limitadas por las reglas imperativas del régimen primario.

3.3.- Restricciones derivadas del propio régimen

El principio separatista resulta limitado por las propias normas del régimen de participación, cuya aplicación lleva al mismo resultado que si se hubiera establecido

²⁴¹ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 358.

una prohibición de disponer.

Durante la vida del régimen cada esposo tiene un crédito de participación en las ganancias del otro; crédito que ni se liquida, ni se puede ceder en tanto no se produzca la disolución del régimen.

La Ley quiere proteger dicho crédito de los posibles fraudes de los cónyuges y para ello establece dos normas que, aunque sólo son aplicables a la disolución del régimen, restringen considerablemente la autonomía de gestión de los cónyuges²⁴².

En este sentido, el art. 1573 C.C. establece que los bienes de los que un cónyuge haya dispuesto por donación intervivos, a menos que el otro lo hubiese consentido, así como los que haya enajenado fraudulentamente, se consideran, a los efectos de determinar el crédito de participación, como parte integrante del patrimonio final del donante o enajenante.

Esta forma diferida de protección se complementa con la norma del art. 1577 C.C. que autoriza al cónyuge del enajenante fraudulento a perseguir tales bienes, para poder cobrar su crédito de participación, a la disolución del régimen, siempre que no haya bienes suficientes para cobrarlo y la mala fe del tercero sea probada.

3.4.- La extinción del régimen y el crédito de participación

El régimen de participación se disuelve por las mismas causas que el régimen de gananciales²⁴³, es decir, extinción del matrimonio, separación de cuerpos, cambio de régimen y, de forma específica, por liquidación anticipada de las ganancias²⁴⁴. La

²⁴² AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 609.

²⁴³ Véase, por todos, MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 362. No obstante, algún estudioso del tema manifiesta su sorpresa por la ausencia de una lista enumerativa similar a la del art. 1441 C.C. y que, en consecuencia, haya que deducir las causas del examen de los arts. 1569, 1572 y 1580 C.C. (LEON ARCE, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: El régimen de participación*, cit., págs. 167-168).

²⁴⁴ La liquidación anticipada debe ser considerada como la causa de disolución que es. Sin embargo, su importancia estriba en el carácter protector de la misma. Se trata

fecha de disolución varía según la causa: en caso de fallecimiento, desde el mismo día de la muerte; en los casos de separación de cuerpos, divorcio y liquidación anticipada, desde el día de la presentación de la demanda, y en el supuesto de cambio de régimen, a partir de la homologación judicial de las capitulaciones.

Al producirse la disolución del régimen entran en juego las reglas de inspiración comunitaria que lo diferencian de la separación pura y simple. En este momento, cada esposo tiene un crédito sobre las ganancias que el otro haya podido obtener y debe procederse a su determinación y liquidación.

La liquidación puede hacerse mediante acuerdo de los cónyuges o de sus herederos y, en su defecto, judicialmente, según las reglas de la partición de herencias y comunidades a las que remite el art. 1578, párr. 2 C.C.

La determinación de las ganancias se realiza mediante la comparación, previa determinación, de los patrimonios inicial y final.

El patrimonio **inicial** se compone de todos los bienes que aportó cada uno al matrimonio y de los adquiridos posteriormente por donación o herencia, así como de los obtenidos por subrogación real, si bien con exclusión de los frutos pues, en la medida en que no se hayan consumido, pasan a formar parte del patrimonio final (art. 1570, párr. 1, final C.C.). La mayoría de la doctrina se muestra unánime en cuanto a la inclusión en el activo del patrimonio inicial, pese al silencio de los preceptos, de todos los bienes que bajo el régimen de gananciales tienen la consideración de privativos por naturaleza.²⁴⁵

La consistencia del patrimonio inicial se prueba, tal y como establece el art. 1570, párr. 2 C.C. mediante una relación descriptiva realizada delante del otro cónyuge y en defecto de la misma, el patrimonio inicial se tiene por nulo.

de una medida que protege los intereses económicos de los cónyuges y cuya finalidad es provocar la liquidación de las ganancias antes de que la insolvencia de un cónyuge exponga al otro a repartir sus ganancias sin posibilidad de reciprocidad, y que lleva a la sustitución del régimen de participación por el de separación de bienes.

²⁴⁵ Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 616.

La estimación del patrimonio inicial se realiza atendiendo al estado en que estuviesen los bienes en el momento de la celebración del matrimonio o en el día de su adquisición, pero con el valor que tengan a la disolución del régimen. En consecuencia, sólo tienen la consideración de ganancias las mejoras debidas al esfuerzo de los cónyuges y no las resultantes de las fluctuaciones monetarias.

Los bienes enajenados se estiman según el valor del día de la enajenación; valor que no necesariamente coincide con el precio pagado, lo que sirve para proteger al otro esposo de posibles simulaciones en el precio (art. 1571 C.C.). Si el precio se emplea en la adquisición de otro bien, la estimación se hará según el valor de éste al tiempo de la disolución.

Los bienes enajenados fraudulentamente y aquéllos de los que un cónyuge dispuso inter vivos sin el consentimiento del otro, se estiman según el estado en que se encontrasen en el momento de la disposición, pero con el valor que hubiesen tenido el día de la disolución si se hubiesen conservado hasta entonces (art. 1574, párr. 2 C.C.).

Una vez determinado el activo del patrimonio inicial, es necesario deducir del mismo las deudas con que se encuentra gravado, es decir, las que tenía cada esposo al contraer matrimonio y las que gravan las donaciones o herencias recibidas durante el régimen (art. 1571, párr. 2 C.C.).

Si efectuada la deducción el pasivo es superior al activo, el patrimonio inicial se tiene por nulo²⁴⁶. Esta regla, recogida en el párr.2 del art. 1571 C.C., ha sido criticada de forma general por la doctrina²⁴⁷ incluso cuando se han buscado razones que la justifiquen²⁴⁸.

²⁴⁶ Es de suponer que, pese al silencio de los preceptos, la solución debe ser la misma cuando activo y pasivo son idénticos.

²⁴⁷ Véase, por todos, MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág 367.

²⁴⁸ Las posibles razones apuntadas por la doctrina son dos: 1ª) es una simplificación que tiende a evitar las donaciones indirectas entre cónyuges (CORNU, "Les régimes matrimoniaux", cit., pág. 761); 2ª) es una manifestación del temor del legislador ante los posibles fraudes de un esposo contra el otro (PONSARD;

El patrimonio **final** se compone de todos los bienes que pertenezcan a cada cónyuge, cualquiera que sea su naturaleza y origen, a la disolución del régimen (art. 1572, párr. 1 C.C.)²⁴⁹. Se contabilizarán los bienes del patrimonio inicial que aún existan (ya sean bienes aportados al matrimonio, adquiridos con posterioridad por donación o herencia o subrogados, bien de forma directa bien mediante reinversión de capital), los bienes adquiridos por cualquier título a lo largo del régimen, los frutos percibidos y no consumidos y, además, por previsión expresa del art. 1572 C.C., los bienes de que cada cónyuge dispuso por causa de muerte y las sumas por las que un cónyuge sea acreedor del otro²⁵⁰.

A todos estos bienes habrá que añadir, en ocasiones de forma ficticia, los bienes donados inter vivos o enajenados fraudulentamente (art. 1573 C.C.).

La consistencia del patrimonio final se prueba, tal y como establece el art. 1572, párr. 2 C.C., por la realización de un simple estado o relación descriptiva de los bienes que lo componen , en presencia y con la firma de ambos cónyuges o de sus herederos, de forma amistosa o judicial, y dentro de los nueve meses siguientes a la extinción, salvo prórroga judicial. En defecto de relación o si ésta es insuficiente, la prueba de la existencia de dicho patrimonio puede hacerse utilizando todos los medios de prueba (art. 1572, párr. 3 C.C.). Cuando existe desconfianza entre los esposos, cada uno de ellos puede solicitar al juez la colocación de sellos y precintos en los bienes del otro para proceder a su inventario.

La estimación se efectúa atendiendo al estado y valor que tengan los bienes a

"Commentaire de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965...", cit., pág. 169).

²⁴⁹ Los bienes adquiridos pro indiviso deben figurar por mitad en el patrimonio de cada cónyuge, pues de no incluirlos en el patrimonio de uno de ellos puede producirse un desequilibrio cuando el pasivo de un cónyuge es superior al activo o si se ha estipulado una participación desigual. En este sentido, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 623. En contra, CORNU, "Le régime de la participation aux acquêts", en *J.C.P.*, 70, I. 2368, n° 17, citado por MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 367 en nota 3.

²⁵⁰ La justificación de esta disposición parece hallarse nuevamente en el deseo del legislador de evitar las donaciones indirectas entre esposos (CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 763).

la disolución del régimen. No obstante, los bienes enajenados fraudulentamente y los donados inter vivos se estiman según su estado al tiempo de la donación o enajenación y con el valor que hubiesen tenido a la disolución si se hubiesen conservado hasta entonces (art. 1574, párr. 1 C.C.).

Del activo así reconstituido se deducen las deudas que no hayan sido aún pagadas, sin excluir las sumas que un cónyuge pudiera deber al otro (art. 1574, párr. 2 C.C.).

La doble estimación de los patrimonios iniciales y finales permite determinar cuál de los cónyuges es acreedor del otro y la cantidad a la que alcanza su crédito.

El artículo 1575 C.C. establece que si el patrimonio final de un esposo es inferior al inicial, el déficit lo soportará él enteramente; si es superior, el incremento representa las ganancias netas que dan lugar a la participación; si hay ganancias netas en los dos patrimonios, debe procederse a su compensación, pues sólo se reparte el excedente, y el esposo cuya ganancia sea menor será acreedor de su consorte por la mitad de este excedente. Sin embargo, los cónyuges pueden haber pactado en las capitulaciones una participación desigual o la atribución de la totalidad de las ganancias al sobreviviente (art. 1581, párr.1 C.C.).

Con independencia del crédito de participación, puede suceder que un cónyuge sea acreedor del otro por otros conceptos. Si la posición acreedora fuese recíproca, habrá que compensar los créditos e incluir el excedente en la liquidación (art. 1575, párr. 3 C.C.)

El crédito de participación debe satisfacerse en dinero. Si el esposo deudor tuviera dificultades graves para pagarlo enteramente en el momento del cierre de la liquidación, podrá solicitar la concesión de plazos, no superiores a los cinco años, a condición de que asegure suficientemente el crédito y el pago de los intereses (art. 1576 C.C.).

Como todo acreedor, el esposo titular del crédito de participación puede intentar su ejecución sobre la totalidad de los bienes existentes en el patrimonio de su

consorte, concurriendo con los demás acreedores conforme a las reglas del Derecho común (art. 2093 C.C.). Sin embargo, esta aparente falta de privilegio no es tal a la vista de los arts. 1573 y 1577 (revocatoria frente a terceros adquirentes) y 2136 (hipoteca legal). Los arts. 1573 y 1577 C.C. le permiten recuperar lo que, sin su consentimiento, excluyó su cónyuge; la hipoteca legal²⁵¹ del art. 2136 C.C. le permite neutralizar con mayor facilidad los actos que haya realizado una vez disuelto el régimen.

Junto al sistema general de pago del crédito en dinero, los arts. 1576 y 1581 C.C. prevén tres supuestos en los que el pago puede hacerse en especie.

El art. 1576 C.C. establece que el crédito puede dar lugar a una regulación en especie, ya sea con el consentimiento de ambos esposos, ya sea en virtud de una decisión del juez, si el esposo deudor justifica que tiene graves dificultades que le impiden el pago en efectivo. A continuación, el art. 1581, párr. 3 C.C. dispone que el cónyuge acreedor podrá exigir una dación en pago de ciertos bienes, pero sólo si así se pactó en capitulaciones y si, además, justifica su interés en hacérselos atribuir.

La regulación en especie del art. 1576 C.C. se considera una dación en pago, al igual que en el caso del art. 1581 C.C. Sin embargo, el párrafo tercero de dicho precepto establece que será considerada como una operación de partición en dos supuestos muy concretos: cuando el bien dado para la satisfacción del crédito de participación no pertenecía al patrimonio inicial del esposo deudor y cuando el esposo acreedor, adjudicatario de dicho bien, acude a la sucesión del otro aunque sea como usufructuario ²⁵².

Cerrando el cuadro normativo referente a la liquidación, el artículo 1576, en

²⁵¹ La peculiaridad de la hipoteca legal en el régimen de participación radica en que puede inscribirse sin necesidad de autorización judicial, a diferencia de lo que sucede en los otros regímenes matrimoniales.

²⁵² CONTIN, "Les règlements en nature dans les partages matrimoniaux", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1977, págs. 435 y ss., págs. 472-473. Veladamente en contra, MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 373.

su párrafo cuarto, establece una regla insólita, criticada por la mayoría de la doctrina²⁵³, según la cual la liquidación no es oponible a los acreedores de los esposos, conservando éstos su derecho de embargo sobre los bienes atribuidos al cónyuge de su deudor, de tal suerte que la situación del cónyuge no deudor es de lo más incierta en los supuestos del art. 1576, aunque no en los del 1581, pues queda expuesto a las acciones de los acreedores de su cónyuge.

VI.- LA CONTRATACION ENTRE CONYUGES

Una vez examinados los regímenes matrimoniales, concebidos como el estatuto pecuniario de conjunto al que están sometidos los cónyuges, cabe plantearse si dichos regímenes siguen siendo, como sucedía bajo la vigencia del Código Civil, exclusivos y excluyentes de toda otra relación económica entre cónyuges o si, por el contrario, son aplicables entre esposos, y en qué medida, las reglas del derecho común de obligaciones, contractuales y extracontractuales²⁵⁴.

Frente a la posición absolutamente extremista de considerar que el legislador debe regular como mucho las relaciones de los cónyuges con terceros, pero nunca las de éstos entre sí²⁵⁵, la mayoría de la doctrina se cuestiona si la aplicación del derecho común no supondría un "desconocimiento" de las normas del régimen matrimonial²⁵⁶. En cualquier caso, la respuesta no puede ser general y es preciso analizar los distintos supuestos²⁵⁷.

²⁵³ Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 637. En contra, CONTIN, "Les règlements en nature dans les partages matrimoniaux", *cit.*, pág. 462.

²⁵⁴ El tema de las obligaciones extracontractuales no plantea ningún problema específico, y, tal y como tiene sentado la jurisprudencia (AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 23 y notas 7 a 12) cada cónyuge puede invocar frente al otro los créditos a su favor que puedan nacer del pago de lo indebido, de la gestión de negocios o del enriquecimiento sin causa.

²⁵⁵ DAVID, prólogo a LABRUSSE-RIOU, *L'égalité des époux en droit allemand*, Paris, 1965, III.

²⁵⁶ Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 22.

²⁵⁷ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, *cit.*, pág. 25.

La Ley establece expresamente la nulidad de la **compraventa** entre esposos, a la que se asimilan la **permuta** y la **dación en pago**, a reserva de las excepciones enumeradas en el art. 1595 C.C.²⁵⁸. La nulidad tiene su fundamento en que tales contratos pueden dar lugar a una modificación indirecta de las masas patrimoniales y una transformación que no respeta las formalidades requeridas, conlleva una presunción irrefragable de fraude.

Las **donaciones**, permitidas siempre que no sean encubiertas, son esencialmente revocables (art. 1096 C.C.). La revocabilidad se justifica como un medio de asegurar la "mutabilidad controlada" del régimen matrimonial.

La validez del **mandato** está expresamente reconocida en el art. 218 C.C.²⁵⁹

La validez de la **fianza** no parece dudosa y no hay una razón que justifique una imposibilidad de hecho para el **préstamo** o el **arrendamiento**.²⁶⁰ Por otra parte, si bien la vida en común puede complicar la realización de los contratos de **depósito**, **prenda** y **comodato**, lo cierto es que tampoco plantea una auténtica imposibilidad.²⁶¹

En lo que al contrato de **sociedad** se refiere, la Ordenanza de 19 de diciembre de 1958 vino a modificar las reglas tradicionales relativas a las sociedades entre cónyuges. Frente a la inadmisibilidad que se venía predicando por la doctrina y la jurisprudencia, el nuevo art. 1841 C.C, establece que los dos esposos pueden ser socios simultáneamente y participar conjunta o separadamente en la gestión de la sociedad. No obstante, el alcance del precepto se veía restringido en materia de sociedades mercantiles. La Ordenanza prohibía que los esposos fuesen conjuntamente

²⁵⁸ Cesión hecha por un cónyuge al otro en pago de sus derechos cuando hay separación de bienes, cesión del marido a la mujer, aun sin separación, por una causa legítima y cesión de la mujer al marido en pago de una cantidad que le hubiese prometido como dote.

²⁵⁹ Véase supra apdo. B) II, 5.

²⁶⁰ Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ob. cit.*, VIII, pág. 28.

²⁶¹ Véase, por todos, AUBRY & RAU, *ibidem*. En contra, JULIEN, *Les contrats entre époux*, Paris, 1962, págs. 151 y 152.

responsables de forma indefinida y solidaria en una sociedad mercantil²⁶². Por su parte, la Ley de 24 de julio de 1966, de reforma de las sociedades, tampoco ha supuesto ningún cambio, pues únicamente aclara, confirmándolas, las disposiciones de la Ordenanza del 58.

C) LA REFORMA LEGISLATIVA DE 1985

I.- INTRODUCCION

La Ley de 13 de julio de 1965 no marcó el término de la evolución del derecho en materia de regímenes matrimoniales y rápidamente se señalaron y denunciaron sus insuficiencias.²⁶³

La finalidad de la Ley de 23 de diciembre de 1985 es limar las aristas de la reforma del 65 y, a tal efecto, pone en pie de igualdad –en materia de gestión– a los cónyuges casados en régimen de gananciales y, como consecuencia lógica, suprime dos instituciones: los bienes reservados y la hipoteca legal específica de la mujer.

En materia de gestión la Ley establece 3 modalidades: concurrente, conjunta y unilateral. Esta transformación de la gestión conlleva una necesaria modificación de las reglas relativas a las deudas conyugales, suprimiéndose no sólo la distinción entre pasivo ordinario y pasivo reservado, sino también la de deudas del marido y deudas de la mujer.

Al lado de estas modificaciones fundamentales, la Ley del 85 ha supuesto, como veremos a continuación²⁶⁴, la reforma de detalle de algunos temas especialmente

²⁶² Véase RIPERT, *ob. cit.*, I, ADDENDUM.

²⁶³ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 424.

²⁶⁴ Dado que la reforma no ha sido global, únicamente nos circunscribiremos a los epígrafes generales –con la misma sistemática utilizada al exponer la reforma del 65– en cuyo ámbito ha habido modificaciones.

controvertidos; lo que no quita que, simplificando algunas cuestiones, haya complicado otras.

II.- EL REGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO

En el ámbito del consentimiento conjunto como presupuesto de la solidaridad de la obligación, la nueva redacción del párr. 3 del art. 220 C.C. amplía los supuestos de exclusión de la solidaridad. Junto a las compras a plazos se incluyen los "préstamos", que no darán lugar a una obligación solidaria si no ha habido consentimiento por parte de ambos cónyuges, salvo que los mismos sean de cantidades modestas y necesarias para cubrir los gastos de la vida diaria.

La autonomía conyugal se amplía con la nueva redacción dada al párrafo 2 del art. 221 C.C.: "se reputa que el cónyuge depositante, con respecto al depositario, tiene, incluso después de la disolución del matrimonio, la libre disposición de los fondos y títulos depositados". La disposición parece contradecir al Tribunal Supremo que había afirmado que el art. 221 C.C. no era aplicable una vez disuelto el matrimonio.²⁶⁵

Al mismo tiempo, la Ley del 85 completa el art. 218 C.C. estableciendo expresamente que el mandato entre cónyuges puede revocarse libremente. De esta manera, la revocabilidad adquiere rango de norma de orden público, lo que va a producir importantes consecuencias en el ámbito de los regímenes convencionales.²⁶⁶

Además, con la reforma de 1985 se consagra la plena igualdad de los esposos en el terreno profesional. Se deroga el art. 5 del Código de Comercio y se modifica el art. 223 C.C. que simplemente afirmaban la independencia profesional de la mujer.

²⁶⁵ MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 433. No obstante, el Tribunal Supremo establecía una importante reserva en su afirmación: los efectos que la regla había producido con anterioridad deben ser respetados, de tal manera que el banquero depositario no puede tomar ninguna iniciativa en lo referente al funcionamiento de la cuenta si no ha habido oposición de los herederos y, en ausencia de tal oposición, los títulos depositados se estiman pertenecientes al cónyuge depositante.

²⁶⁶ Véase infra apdo. IV.

El nuevo art. 223 C.C. dispone que "cada cónyuge puede ejercer libremente una profesión" y retoma el denominado "principio del libre salario" que figuraba en el derogado art. 224 C.C.: "cada cónyuge puede percibir sus ganancias y salarios y disponer de ellos una vez que haya cumplido con su deber de contribuir a los gastos de la familia".

Y por último, con el nuevo art. 225 C.C. se eleva a norma de orden público el principio de que "cada cónyuge administra, obliga y enajena por sí solo sus bienes personales".

III.- EL REGIMEN LEGAL: LA SOCIEDAD DE BIENES GANANCIALES

El nuevo art. 1421 C.C. establece que cada uno de los esposos tiene la facultad de administrar y disponer por sí solo de los bienes gananciales, debiendo responder de las faltas que pueda cometer en su gestión, y que los actos que realice uno sin fraude son oponibles al otro.

El art. 1421 C.C. recoge el criterio de la responsabilidad para generalizarlo a ambos cónyuges, manteniéndose la cuestión, por lo demás, en los mismos términos que bajo la Ley del 65.²⁶⁷

El principio de igualdad se ve restringido por la disposición del párrafo 2 del art. 1421 C.C.: "el esposo que ejerce una profesión separada tiene la facultad de realizar los actos de administración y disposición necesarios para la misma". Sin embargo, aun concedidas las facultades exclusivas, el cónyuge deberá recabar el consentimiento del otro cuando se trate de actos normalmente sometidos a la cogestión.

El art. 1423 C.C. mantiene su contenido extendiendo la disposición a los dos cónyuges: los legados de un esposo no pueden exceder de su cuota.

En aplicación del principio de igualdad, el nuevo art. 1422 C.C. dice que "los

²⁶⁷ Véase supra apdo. B) IV, 3.1.

esposos no pueden, el uno sin el otro, disponer inter vivos, a título gratuito, de los bienes gananciales". En consecuencia, y al igual que en el derecho anterior, las donaciones inter vivos, determinadas enajenaciones a título oneroso, ciertos arrendamientos y la constitución de determinados derechos reales, requieren el consentimiento de ambos cuando se realizan de forma voluntaria (arts. 1424 y 1425 C.C.), pero no, según la jurisprudencia, cuando se trata de enajenaciones forzosas consentidas por el síndico²⁶⁸.

En el ámbito de la gestión de los bienes privativos se ha suprimido el anacrónico art. 1430 C.C. que sancionaba la injerencia del marido en las operaciones de enajenación y cobro de bienes privativos de la mujer.

Las disposiciones referentes a la regulación de las recompensas han experimentado importantes modificaciones. El art. 1473, párr. 2 C.C. establece que las recompensas debidas devengan intereses desde el día de la disolución del régimen. En lo referente al montante de las recompensas, la nueva redacción del párrafo 3º del art. 1469 C.C. establece que la recompensa no puede ser inferior a la ganancia subsistente cuando el valor adelantado ha servido para adquirir, conservar o mejorar un bien que, al tiempo de la disolución, se encuentra en el patrimonio que lo tomó prestado. Si el bien adquirido, conservado o mejorado ha sido enajenado antes de la liquidación, la ganancia se evalúa al tiempo de la enajenación y si ha habido subrogación, sobre el nuevo bien.

Cuando el saldo de la cuenta de recompensas es favorable a los esposos, el derecho de cobro se sigue ejerciendo sobre el dinero, a continuación sobre los bienes muebles y, subsidiariamente, sobre los inmuebles. Sin embargo, la elección de un cónyuge no debe perjudicar los derechos que pueda tener su consorte para solicitar que se mantenga la comunidad o la atribución preferente de ciertos bienes. Además, en caso de interés concurrente sobre un mismo bien, se procederá a atribuirlo por sorteo (art. 1471 C.C.).

En caso de que el activo ganancial sea insuficiente, suprimido el derecho de

²⁶⁸ MARTY et RAYNAUD, *Droit Civil...*, cit., pág. 454.

la mujer a cobrar antes que el marido, se hará un reparto proporcional al montante de las recompensas respectivas (art. 1472, párr. 1 C.C.). Ahora bien, si la insuficiencia deriva de una falta imputable a uno de los cónyuges, el otro puede ejercer sus derechos de forma preferente, pudiendo ejercerlo subsidiariamente sobre los privativos del culpable (art. 1472, párr. 2 C.C.).

Según el nuevo art. 1413 C.C. todas las deudas contraídas por un cónyuge en el transcurso de la sociedad pueden ser ejecutadas sobre los bienes gananciales. Sin embargo, este principio sólo se aplica residualmente, pues varias de las nuevas disposiciones reducen la garantía de los acreedores. En concreto, el art. 1414 C.C. dispone que las ganancias y salarios del cónyuge no deudor sólo pueden ser embargadas por los acreedores de su consorte si la obligación se contrajo en el ejercicio de la potestad doméstica y conforme al art. 220 C.C.; además, si esas ganancias y salarios se ingresan en una cuenta corriente o en una cuenta de depósito, sólo se pueden embargar en las condiciones que se definirán por decreto²⁶⁹. Esta restricción conlleva el que ciertos bienes gananciales queden al margen de la acción de los acreedores, incluso cuando la deuda es ganancial. De esta forma la Ley se contradice en la práctica, pues los terceros contratantes exigirán la solidaridad de los cónyuges, lo que cercena la independencia conyugal.

La garantía de los acreedores de un solo esposo se limita aún más por efecto del art. 1415 C.C. que no permite a los acreedores más que ejercer sus derechos sobre los bienes privativos y sobre las rentas de su deudor, escapando a su garantía los gananciales ordinarios y las ganancias y salarios del otro cónyuge.

En efecto, el art. 1415 C.C. establece una nueva disposición relativa a la fianza y al préstamo. De ella se deriva que de la fianza o el préstamo consentidos por un cónyuge sólo responden sus privativos y sus rentas, salvo consentimiento expreso del otro. Lo que llevará nuevamente a exigir la solidaridad y a poner de manifiesto la contradicción que genera la Ley.

²⁶⁹ El Decreto 87-637 de 5 de agosto de 1987, declara inembargable una cantidad a tanto alzado, equivalente a las ganancias y salarios de un mes. Por tanto, el cónyuge no deudor puede solicitar que se deje a su disposición esa cantidad determinada.

Por el contrario, el nuevo art. 1411, párr.1 C.C. mejora la posición de los acreedores. En efecto, las deudas privativas de los cónyuges, es decir, las que gravaban su patrimonio antes de casarse y las que graven las donaciones o herencias que puedan recibir en el transcurso del régimen, podrán ejecutarse sobre los bienes privativos y sobre las rentas del cónyuge deudor.

Por último, el art. 1483 C.C. ha sido redactado con más precisión de la que resulta que el beneficio de utilidad (bénéfice d'émolument) sólo es aplicable una vez efectuada la partición.

En cuanto a los créditos entre cónyuges, la Ley del 85 los declara sometidos a "revaluación" según las disposiciones del art. 1469, párr. 3 C.C., si bien admite los pactos en contra. De esta forma, el crédito es igual, cuando menos, a su nominal y se revaloriza al alza según la "ganancia subsistente" cuando ha servido para adquirir, mejorar o conservar un bien privativo del otro cónyuge.

IV.- LOS REGIMENES CONVENCIONALES

La Ley de 23 de diciembre de 1985 mantiene la cláusula de la mano común, aunque bajo la denominación "cláusula de administración conjunta". Deroga los arts. 1504 a 1510 C.C. con lo que se prohíbe que se pacten las cláusulas de unidad de administración y de mutua representación. En el primer caso, y según expresión de la doctrina, la Ley entierra un cadáver²⁷⁰, pues nadie adoptaba esta cláusula; en el segundo, la razón de la supresión radica en que el reparto de facultades que proporcionaba esta cláusula es el que se contiene en la nueva formulación del régimen legal.

En cuanto a la separación de bienes, la Ley de reforma ha dado nuevamente contenido al art. 1543 C.C. haciendo aplicables en este régimen las reglas sobre créditos personales entre cónyuges del art. 1479 C.C.

²⁷⁰ MALAURIE et AYNES, *Cours de droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1988, pág. 76.

En el ámbito del régimen de participación, y haciéndose eco del sentir de la doctrina,²⁷¹ se ha modificado el primer párrafo del art. 1570 C.C. para incluir en el patrimonio inicial de los esposos "los bienes que en el régimen de gananciales tienen la consideración de privativos por naturaleza".

Se introducen igualmente modificaciones en el terreno de la prueba de la consistencia del patrimonio inicial: "en defecto de relación descriptiva o si ésta es incompleta, la prueba de la consistencia puede realizarse acudiendo a los medios de prueba del art. 1402 C.C.", al tiempo que se suprime la frase "en defecto de relación, el patrimonio inicial se tiene por nulo".

En cuanto a la deducción de las deudas del patrimonio final, el art. 1571, párr.2 C.C. prescribe la de las que gravaban el patrimonio inicial, revaluadas, si procede, según las reglas del art. 1469, párr. 3 C.C.²⁷²

Por último, se modifica la regla, unánimemente criticada, que consideraba el patrimonio inicial nulo si el pasivo era superior al activo²⁷³.

En lo referente al patrimonio final, el art. 1573 C.C. establece la inclusión ficticia en el mismo de los bienes que no figuran en el patrimonio inicial y de los cuales el cónyuge ha dispuesto, por donación inter vivos, sin el consentimiento de su consorte, así como de los enajenados fraudulentamente, presumiéndose fraudulentas las enajenaciones a cargo de una renta vitalicia o a fondo perdido, salvo que el otro haya dado su consentimiento.

El nuevo art. 1574 C.C. sustituye la fecha de disolución por la de liquidación para la consideración del valor de los bienes y establece que debe añadirse el valor que tuviesen, al tiempo de la liquidación, las mejoras aportadas a los bienes originarios donados por un esposo sin consentimiento del otro antes de la disolución del régimen.

²⁷¹ Véase supra apdo. B) V, 3.4.

²⁷² Véase supra apdo. C) III.

²⁷³ Véase supra apdo. B) V,3.4.

Y por último, el art. 1573 C.C. establece que el cónyuge acreedor podrá ejecutar su crédito de participación sobre los bienes existentes y, subsidiariamente, comenzando por las enajenaciones más recientes, sobre los bienes mencionados en el art. 1573 que hubiesen sido donados inter vivos o enajenados fraudulentamente.

V.- LA CONTRATACION ENTRE CONYUGES

Tras la derogación del art. 1595 C.C. por la Ley de 23 de diciembre de 1985, está permitida la compraventa entre esposos. Sin embargo, aunque la prohibición ha desaparecido, los motivos subsisten y la compraventa entre cónyuges sigue siendo sospechosa²⁷⁴. Además, opera dentro de unos márgenes muy estrechos: la compraventa es revocable si constituye una donación indirecta y nula si la donación es encubierta; es igualmente nula si constituye una liquidación prematura de la sociedad de gananciales o si se ha hecho en fraude de los derechos de terceros.

En lo que al contrato de sociedad se refiere, la innovación fundamental que supuso la Ordenanza de 1958, y que hoy figura en el art. 1832-1 C.C. tras la reforma por la Ley de 4 de enero de 1978, resulta ampliada por la Ley de 23 de diciembre de 1985, cuyo art. 50 ha suprimido las restricciones que se contenían en la mencionada Ordenanza. En efecto, la Ley del 85 ha optado por asegurar la plena libertad profesional del matrimonio y, en consecuencia, dispone que los esposos, solos o con otras personas, pueden ser socios en una misma sociedad, sea cual sea la forma que revista, y participar conjunta o separadamente en la gestión de la misma.

²⁷⁴ MALAURIE et AYNES, *Cours de droit civil...*, cit., pág. 77.

CAPITULO SEGUNDO

ORDENAMIENTO ALEMAN

Introducción histórica	141
A) Del BGB a la Ley de equiparación	146
I. El régimen matrimonial primario	146
II. Las capitulaciones matrimoniales	149
1. Contenido, extensión y límites	149
2. Forma	150
3. Publicidad	151
III. El régimen legal: Administración y disfrute maritales	153
1. Principios fundamentales	153
2. Bienes reservados	155
3. Administración y disfrute maritales	157
3.1. Generalidades	157
3.2. El derecho de administración del marido	158
3.3. El derecho de disfrute del marido	160
3.4. Deberes del marido	161
3.5. Derechos de la mujer	162
4. Deudas de los cónyuges	165
4.1. Deudas del marido	165
4.2. Deudas de la mujer	165
4.3. Compensación de deudas entre los patrimonios aportado y reservado	167
5. La disolución del régimen	168
IV. Los regímenes convencionales	169
1. Régimen de separación de bienes	169
1.1. Origen y caracterización	169
1.2. Restricciones derivadas de normas especiales	170
2. Régimen de comunidad universal de bienes	171
2.1. Origen y caracterización	171
2.2. Las masas patrimoniales	172
2.3. Derechos de los cónyuges sobre los bienes comunes en general	174
2.4. Facultades del marido sobre los bienes comunes	174

2.5. Facultades de la mujer sobre los bienes comunes	175
2.6. Deudas de la comunidad	176
2.7. Deudas privativas	178
2.8. Compensación de deudas entre las distintas masas	178
2.9. La disolución del régimen	179
2.9.1. Causas	179
2.9.2. La liquidación	180
2.10. La comunidad continuada	181
3. Régimen de sociedad de gananciales	184
3.1. Las masas patrimoniales	184
3.2. La gestión de los bienes	184
3.3. Deudas de los cónyuges	185
3.4. La disolución del régimen	185
4. Régimen de comunidad de muebles y adquisiciones	186
4.1. Las masas patrimoniales	186
4.2. La gestión de los bienes	187
4.3. Deudas de los cónyuges	188
4.4. La disolución del régimen	188
B) La Ley de equiparación jurídica de 18 de junio de 1957	188
I. El régimen matrimonial primario	188
1. La contribución de los cónyuges a los gastos de la familia	188
2. El ejercicio de la potestad doméstica	189
3. La autonomía profesional	190
4. Las presunciones de propiedad	191
II. Las capitulaciones matrimoniales	192
III. El régimen legal: La participación en las ganancias	192
1. Ideas generales	192
2. Funcionamiento del régimen: Aplicación del principio separatista	193
3. Restricciones derivadas del propio régimen	194
3.1. La prohibición de disponer sin consentimiento de la totalidad del patrimonio	195
3.1.1. Disposición del conjunto patrimonial	196
3.1.2. Protección de los terceros de buena fe	198

3.2. La prohibición de disponer sin consentimiento del menaje familiar	198
4. La extinción del régimen y el crédito de participación	199
4.1. Extinción por fallecimiento de un cónyuge	200
4.2. Extinción por divorcio u otras causas análogas	202
4.2.1. Composición y determinación de los patrimonios inicial y final	202
4.2.2. Evaluación de los patrimonios y compensación de las ganancias	203
V. Los regímenes convencionales	205

INTRODUCCION HISTORICA¹

Con anterioridad al BGB los diversos derechos alemanes parecían haberse sensibilizado con las ideas de los filósofos del S. XVIII, de forma que la igualdad de sexos se abordó como reflejo de la naturaleza humana, planteándose el tema en términos racionales y de Derecho natural, pero sin que la idea cristalizara en el campo jurídico. En consecuencia, a comienzos del S. XIX el Derecho de familia se inspira en el principio de que el marido es el jefe de la sociedad conyugal y su decisión prevalece cuando sea contraria a la de la esposa en beneficio del interés familiar. No obstante, se trata de mejorar la posición de la mujer dentro del matrimonio, y a partir de la ley de 21 de junio de 1869 de reglamentación del comercio y la industria, desaparece toda discriminación por razón de sexo para el ejercicio del comercio².

El Código civil alemán, promulgado el 18 de agosto de 1896 y que entró en vigor el 1 de enero de 1900, dedica al Derecho de familia, además de algunas normas

¹ Los particularismos histórico políticos, que tienen un importante reflejo en el Derecho de familia –al igual que en otros sectores del Ordenamiento–, de la nación alemana en la 1ª mitad del S. XX aconsejan una introducción histórica, común a los dos periodos en que vamos a dividir la exposición del derecho patrimonial de la familia. Quizá pudiera haber sido más cómodo para el lector, por la colocación sistemática, un epígrafe de introducción para cada fase; sin embargo, nos ha parecido más útil, en cuanto que presenta la evolución de manera lineal, la aglutinación bajo una sola rúbrica.

² El Derecho alemán, ya desde la Edad Media, había liberado a la mujer (soltera) comerciante de la tutela por razón de su sexo, equiparándola expresamente al comerciante varón (arts. 6 y 9 ADHGB). Véase, von GIERKE, *Derecho comercial y de la navegación*, I, trd. de SEMON, Buenos Aires, 1957, pág. 71.

La afirmación de que el Derecho alemán fue ajeno a las ideas de potestad marital y de incapacidad jurídica de la mujer casada, de lo que se deriva que la historia de la mujer alemana no se caracterice por una lucha de acceso a la capacidad jurídica (LABRUSSE-RIOU, *L'égalité des époux en droit allemand*, Paris, 1965, pág. 19, LEON ARCE, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: El régimen de participación*, Oviedo, 1984, pág. 81), ha de ser aceptada con cautela, pues si bien el tema no se plantea con el mismo rigor que, por ejemplo, en Francia, Italia o España, no deja de haber un sometimiento –importante– de la mujer al marido.

distribuidas a lo largo de su articulado, el Libro IV (arts. 1297 a 1921).

La regulación del Derecho de familia que se contiene en el BGB se sustenta en un carácter patriarcal y conservador³, al que se le añade un sustrato transaccional o de compromiso, consecuencia de la necesidad de hacer frente a dos fuerzas contradictorias: la Iglesia y el Estado por una parte y las corrientes feministas y antifeministas por otra⁴. El enfrentamiento con la Iglesia, aunque seguía vigente la ley de 6 de febrero de 1875 que implantó el matrimonio civil obligatorio, se suavizó al establecer el art. 1588 BGB que las normas del Código no afectan a las obligaciones eclesiásticas relativas al matrimonio⁵. Las aspiraciones feministas no fueron plenamente atendidas pues se estableció una regulación del matrimonio basada en la idea de que éste es la unión entre personas de igual valor, pero no de iguales derechos; en consecuencia, la dirección de la familia y la patria potestad se le adjudicaron al marido (arts. 1354, 1628 y 1629 BGB).

El BGB carece de un concepto de familia expresamente formulado. De esta carencia y del análisis de las disposiciones concretas la doctrina ha extraído la idea de que en el BGB se observa una ausencia casi absoluta de sentido comunitario: la familia más que una comunidad, es una mera yuxtaposición de individualidades, no vinculadas entre sí más que como consecuencia de unos derechos y deberes que como tales individualidades les corresponden⁶. Sin embargo, y también a partir del articulado concreto, se ha defendido la idea contraria, asegurando que en el BGB late la idea de comunidad, plasmada expresamente en su art. 1353: los cónyuges están obligados

³ BEITZKE, *Familienrecht. Ein Studienbuch*, München-Berlin, 1955, pág. 5; BOEHMER, *Einführung in das bürgerliche Recht*, Tübingen, 1954, págs. 79-80; LEHMANN, *Parte General*, trd. española de la 7ª ed. alemana por NAVAS, Madrid, 1956, pág. 59; MELON INFANTE, *Código civil alemán (BGB)*, trd. directa del alemán al castellano, Barcelona, 1955, XI-XII.

⁴ WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia, I, El matrimonio*, trd. española de la 6ª revisión alemana por PEREZ GONZALEZ y CASTAN TOBEÑAS, Barcelona, 1979, págs. 1-2; LEHMANN, *Derecho de familia*, trd. de la 2ª ed. alemana por NAVAS, Madrid, 1953, pág. 20.

⁵ Sobre el art. 1588 BGB puede verse LAUTERBACH, "Familienrecht", en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München-Berlin, 1957, pág. 1214.

⁶ BEITZKE, *Familienrecht...*, cit., pág. 2.

recíprocamente a una comunidad de vida⁷.

Rápidamente la vida real dejó atrás a los textos legales y planteó la necesidad de una transformación⁸.

La Primera Guerra Mundial y la Revolución de 1918 influyeron en el posterior desarrollo del Derecho de familia. Sin embargo, el novísimo Derecho alemán, desde la Revolución de noviembre de 1918, de momento no alteró en nada el Derecho de familia. La Constitución de Weimar reconoció el matrimonio como base de la vida familiar y de la conservación y desarrollo del pueblo, colocándolo bajo su protección especial y partiendo de la idea de que el matrimonio descansa sobre la igualdad de derechos de ambos sexos (art. 119). Sin embargo, las modificaciones que parece apuntar dicho precepto constitucional no llegaron a plasmarse en normas concretas relativas al régimen económico del matrimonio.

La instauración del nazismo llevó consigo importantes modificaciones en el ámbito del Derecho civil⁹, presididas muchas de ellas por la idea obsesiva de la "comunidad popular alemana racialmente pura", lo que, con frecuencia, dió lugar al más inicuo atropello de los derechos y libertades fundamentales del individuo como

⁷ LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., págs. 98-99; MELON INFANTE, "El Derecho de familia en Alemania: Orientaciones y tendencias desde la promulgación del BGB hasta la actualidad", en *ADC*, 1959, págs. 3 y ss., págs. 9-10.

⁸ "El BGB no sólo en su sistemática, técnica legal y estilo, sino también en su espíritu político, social y económico es más un hijo del S. XIX que una madre del S. XX... Elaborado al final de un periodo de profunda producción en la ciencia jurídica, el Código, con la mirada puesta en el pasado, reúne los tesoros de aquélla, y sólo en algunas ocasiones añade a ellos materiales proyectados hacia el futuro" (BOEHMER, *Einführung...*, cit., pág. 78).

⁹ El Nacionalsocialismo pretendió más influir sobre la doctrina y la jurisprudencia pues perseguía su orientación con arreglo a los postulados del régimen. Sin embargo, sectores radicales de la doctrina criticaron duramente el BGB, aspirándose incluso a derogarlo de plano y a configurar ex novo la totalidad del Derecho civil en un "Código del Pueblo", hasta el punto de que bajo los auspicios de la Akademie für Deutsches Recht se efectuaron propuestas y trabajos preparatorios de gran valor. Sobre este punto véase BOEHMER, *Einführung...*, cit., págs. 64-65.

tal¹⁰. De entre las normas que afectaban al Derecho de familia merece la pena señalar la llamada ley de protección de la sangre o de la raza (15-IX-1935) y la conocida como ley sobre la salud hereditaria (18-X-1935), que fueron refundidas en la ley de matrimonio de 6 de julio de 1938 que aunque reemplazó al Libro IV del BGB no se incluyó en éste, sino que fue promulgada como ley independiente adicional al mismo¹¹.

La terminación de la Segunda Guerra Mundial, con la derrota militar alemana y el derrumbamiento del nazismo, trae consigo unas circunstancias de tipo militar, social y político que tienen gran repercusión en la situación jurídica del país. La repercusión se concreta en una intervención de las Potencias ocupantes, a través del Gobierno Militar y del Consejo de Control, en el Derecho civil. En concreto, se derogan una serie de leyes; se establecen unas cláusulas generales de interpretación para la aplicación del Derecho alemán¹² y se procede a depurar ciertas leyes de los principios nacionalsocialistas que contenían y posteriormente se promulgan de nuevo en texto refundido. En el ámbito del Derecho de familia el ejemplo más importante es la ya mencionada ley de matrimonio de 1946¹³, promulgada como ley número 16 del Consejo de Control el 20 de febrero de 1946¹⁴.

¹⁰ LEHMANN, *Parte general*, cit., pág. 31.

¹¹ La ley de matrimonio de 1938 modificó los arts. 1353 y 1771 BGB, y derogó, sustituyéndolos por sus disposiciones, los arts. 1303 a 1352, 1564 a 1587, 1608, párr. 2, 1635 a 1637, 1699 a 1704. La ordenanza de 27-VII-1938, para complemento y ejecución de la ley, modificó a su vez los arts. 1478, 1609, 1621, 1721, 1899, 1900, 1933 y 2077 BGB.

Todas estas modificaciones fueron mantenidas por la ley de matrimonio de 1946, que no fue otra cosa que una refundición, con algunas mejoras, del texto de la ley del 38, depurado de los postulados del nacionalsocialismo, y cuyo art. 79 derogó la anterior ley de matrimonio, así como todas las disposiciones que fueran incompatibles con la nueva ley.

¹² La finalidad de las cláusulas de interpretación era la de salvar cuantas disposiciones legales y decisiones jurisprudenciales fuesen válidas y defendibles, pero despojándolas de todos sus matices racistas y eugenésicos.

¹³ Véase supra nota 11.

¹⁴ Un dato curioso es que el texto alemán de la ley no era oficial. La ley se publicó en tres idiomas con valor oficial: inglés, francés y ruso. Dada la ausencia en aquellos momentos de un Gobierno alemán responsable que la autorizara, la traducción alemana no podía considerarse texto oficial. Por esta razón las dudas de interpretación que suscitara el texto alemán debían resolverse acudiendo a las versiones oficiales. Así, por

Superada la confusión inicial de la coexistencia con las potencias ocupantes y consumada la división en dos Alemanias, empieza a surgir la legislación propia, sobre todo en la República Federal, que, a partir de ese momento, será la única objeto de nuestro estudio¹⁵.

La Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 es la prueba evidente del retorno a un régimen político democrático y liberal.

El art. 3-2º de la Ley Fundamental establece que los hombres y mujeres son iguales en Derecho, y el art. 117-1º pone como tope máximo de adecuación de la normativa vigente a este principio la fecha del 31 de marzo de 1953. Transcurrido el plazo, y no habiéndose promulgado ninguna ley, el art. 3 de la Ley Fundamental se hace inmediatamente aplicable, siendo necesario suplir la laguna creada por las normas del BGB incompatibles con la Ley Fundamental mediante la construcción doctrinal y jurisprudencial.

Tras una serie de proyectos, el primero de los cuales es de octubre de 1952, la ardua elaboración de la ley sobre "equiparación jurídica del varón y la mujer en el ámbito del Derecho civil"¹⁶ concluye el 18 de junio de 1957, fijándose su entrada en vigor para el 1 de julio de 1958. La Ley, en función y para desarrollo del principio constitucional de igualdad de sexos, introduce en el BGB innovaciones importantes y numerosas, configurando la familia sobre bases distintas: atribución de derechos a cada cónyuge partiendo de una idéntica valoración jurídica de la personalidad masculina y femenina, e imposición de idénticos deberes a ambos.

La evolución legislativa no se cierra con la ley de equiparación, cuyos

ejemplo, el alcance del art. 79 de la ley (cláusula derogatoria) se determinaba con más exactitud acudiendo al texto inglés o francés que al alemán (LEHMANN, *Derecho de familia*, cit.,pág. 19).

¹⁵ Sobre los derroteros del desarrollo político y legislativo de la República Democrática pueden verse MELON INFANTE, "El Derecho de familia...", cit., págs. 38-56 y la abundante bibliografía allí citada.

¹⁶ "Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts".

principios fueron reforzados y matizados por la ley de 1 de julio de 1976 de "reforma del derecho de familia y matrimonial", y a la que siguen otras leyes que, aunque se refieren a cuestiones de derecho de familia, no presentan interés especial para nuestro estudio.

A) DEL BGB A LA LEY DE EQUIPARACION

I.- EL REGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO¹⁷

La finalidad del matrimonio es crear una plena comunidad de vida, a cuya consecución están obligados los cónyuges moral y jurídicamente (art. 1353-I BGB). Comunidad que da lugar a un vínculo más fuerte que el parentesco de sangre; idea en la que se inspiran numerosas reglas jurídicas. Así, por ejemplo, los cónyuges y sólo ellos pueden hacer testamento en un mismo documento (art. 2265 BGB); las disposiciones gratuitas de un cónyuge en favor del otro son tratadas con mayor recelo que las que haga el deudor en favor de sus parientes próximos (art. 32-2º KO) o la no contabilización del asentimiento del cónyuge del deudor en la votación del convenio concursal forzoso (art. 183 KO).

Si bien la idea de la potestad marital ha desaparecido paulatinamente del Derecho alemán¹⁸, en el BGB el marido mantiene su posición preeminente como cabeza de familia (art. 1354-I BGB)¹⁹. No obstante, el derecho de decisión del marido

¹⁷ El legislador alemán no ha regulado –ni en 1900, ni en 1957– de forma agrupada las normas comunes para todos los matrimonios, sino que las ha incluido en el título general de las relaciones personales de los esposos, entendiendo que los derechos y deberes personales de los cónyuges y sus obligaciones patrimoniales están íntimamente unidas. No obstante estas consideraciones, en la medida en que este conjunto de normas responde a la idea de las disposiciones definidoras de los deberes –que no examinaremos en su totalidad– que la unión conyugal impone a sus miembros, y aun cuando el rótulo sea ajeno al lenguaje jurídico germánico, lo utilizaremos para mantener, en lo posible, la unidad terminológica entre los distintos Ordenamientos que se analizan (véase supra capítulo I, nota 148).

¹⁸ El art. 7 del antiguo Código de comercio (ADHGB) establecía que la mujer casada no podía ser comerciante sin el consentimiento de su marido.

¹⁹ La solución respondía plenamente al ideal matrimonial cristiano–patriarcal; de

se limita a los asuntos conyugales comunes, de tal forma que la mujer no sufre limitación por el matrimonio en su facultad de obrar. Ahora bien, si se produce colisión entre el interés particular de la mujer y el interés de la familia, éste es preferente. Ello significa que el marido, en virtud de su derecho de decisión, puede prohibir a la mujer una actividad contraria al matrimonio y en ciertos casos puede incluso, frente a terceros, dejar sin efecto obligaciones contraídas por la mujer y contrarias al interés familiar²⁰. De la capacidad de gestión –inalterada– hay que distinguir el derecho de disposición de su patrimonio, que viene limitado por las facultades otorgadas al marido sobre el mismo.

El art. 1356 BGB establece la potestad doméstica de la mujer, que, a tenor del art. 1357 BGB, implica un derecho de gestión de negocios y un derecho de representación. El primero se rige por las reglas del mandato (arts. 662 y ss. BGB), generando obligaciones sólo para el marido, salvo que la mujer haya obrado al mismo tiempo en nombre propio. En lo que al segundo se refiere, el derecho descansa en la ley, pero la mujer no es representante legal en sentido técnico, y la extensión del mismo se determina por "la media del tren de vida del marido" ²¹. Si la mujer utiliza su poder de representación, el único que adquiere derechos y queda obligado es el marido, si bien la doctrina y la jurisprudencia se manifiestan unánimemente partidarias de la responsabilidad subsidiaria de la mujer²².

Por otra parte, el párrafo 2º del art. 1356 impone a la mujer la obligación de trabajar en el negocio del marido, si esto es usual, teniendo en cuenta las

hecho, el giro frecuente en las fuentes alemanas "el marido es el jefe de la mujer" es bíblico (San Pablo a los Efesios, 5, 22).

²⁰ Art. 1358-I BGB: "Si la mujer se ha obligado frente a un tercero a realizar por sí misma una prestación, el marido puede denunciar la relación jurídica sin observancia de un plazo de denuncia, si, previa petición, ha sido autorizado por el Tribunal de tutelas. El Tribunal ha de conceder la autorización si se deduce que la actividad de la mujer perjudica los intereses matrimoniales. El derecho de denuncia queda excluido cuando el marido ha dado su consentimiento o si el mismo ha sido suplido por el Tribunal de tutelas a petición de la mujer".

²¹ WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 316.

²² Véase WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 317 y bibliografía citada en nota 15.

circunstancias particulares de cada caso.

La contrapartida de los poderes otorgados a la mujer está en la facultad que el art. 1357-I BGB confiere al marido: puede limitar o suprimir la potestad doméstica. La eficacia frente a terceros de buena fe exige la inscripción en el Registro de bienes del matrimonio (art. 1357-I en relación con art. 1435 BGB). No obstante, la potestad alterada puede ser restablecida por el Tribunal de tutelas a instancias de la mujer (art. 1357-II BGB).

Una norma común a ambos esposos es la del art.1359 BGB, según el cual los cónyuges, en el cumplimiento de todas las obligaciones que derivan de la relación matrimonial, deberán actuar con la diligencia de un buen padre de familia.

Por último, con miras a resolver las posibles confusiones entre las respectivas masas patrimoniales, el art.1362 BGB establece dos presunciones, una en favor de la propiedad del marido, la Presunción Muciana clásica o romana²³ aunque desprovista, en parte, de su carácter contrario a la mujer, y otra en favor de la de la mujer.

Respecto a los bienes inmuebles basta con la garantía que proporciona su inscripción en el Registro de la Propiedad (art.891 BGB), pero en cuanto a los bienes muebles no es suficiente la presunción de posesión del art. 1006 BGB. De ahí que el art. 1362 BGB establezca dos presunciones. Para ambas es condición indispensable que uno o los dos esposos sean poseedores. El régimen económico matrimonial concreto es irrelevante, sin embargo, en los regímenes comunitarios prima la presunción de comunidad del art. 1438 BGB, y sólo cuando ésta ha sido desvirtuada entra en juego la Presunción Muciana.

En favor de los acreedores del marido se presume que todas las cosas muebles que posee uno o ambos cónyuges son propiedad del marido desde el momento en que uno de los cónyuges obtuvo la posesión²⁴. Para enervar la presunción basta con probar

²³ Véase infra capítulo XI, apdo. I.

²⁴ Véase UNZNER, en *Planck's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, IV-1, Familienrecht*, Berlin-Leipzig, 1928, págs. 157 y 160.

que la adquisición de la posesión no implicó adquisición de la propiedad por el marido²⁵.

La mujer tendrá que probar su propiedad frente a un acreedor que inste un embargo (art. 771 ZPO) o cuando pida la separación de sus bienes en el concurso del marido²⁶.

De la presunción a favor del marido la ley exceptúa las cosas destinadas al uso exclusivo de la mujer (vg. vestidos, joyas, oro, plata); aunque las posea el marido, se presumen propiedad de la mujer.

Ambas presunciones rigen en favor de los acreedores respectivos de cada cónyuge. Sin embargo, la que beneficia a la mujer rige también a favor de sí misma frente a los acreedores del marido; si uno de ellos embarga alguno de esos bienes, la mujer puede oponerse en concepto de propietaria presunta. Por último, rige incluso en la relación interna de los cónyuges y especialmente en caso de partición una vez disuelto el régimen: el marido que reclame los bienes tiene que demostrar su propiedad.

II.- LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES²⁷

1.- Contenido, extensión y límites

El Derecho alemán reconoce y admite el principio de la libertad de las capitulaciones matrimoniales y lo acompaña del principio de la mutabilidad de las mismas. Según el art. 1432 BGB los cónyuges pueden regular sus relaciones patrimoniales mediante capitulaciones que pueden otorgarse antes o después del matrimonio.

²⁵ Véase, por todos, WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 323.

²⁶ En caso de concurso del marido se aplica el art. 45 KO (Presunción Muciana concursal). Véase infra capítulo V, apdo. II, 4.2.

²⁷ El equivalente alemán es "Ehevertrag"; véase supra capítulo I, nota 3.

Habida cuenta de la amplitud que deriva del principio de la mutabilidad, llama la atención la extensión mínima que se le da a las capitulaciones. En efecto, los pactos capitulares sólo pueden contener la regulación de las **relaciones patrimoniales** del matrimonio, quedando excluidas las estipulaciones sobre relaciones personales de los cónyuges, las relativas a efectos patrimoniales en general del matrimonio (vg. el deber de alimentos), y las de carácter patrimonial que podrían pactarse entre los cónyuges en calidad de extraños (vg. donaciones, préstamo, servicios o sociedad).

La libertad de las capitulaciones está encerrada en los límites del respeto a las leyes y a las buenas costumbres (arts. 134 y 138 BGB).

Las capitulaciones pueden tener diverso contenido. Los interesados pueden adoptar el régimen legal (administración y disfrute maritales) o cualquiera de los otros cuatro regulados por la ley (separación de bienes, comunidad universal de bienes, comunidad de gananciales y comunidad de muebles y adquisiciones) y modificar detalles de los mismos, siempre que las alteraciones no afecten a las normas esenciales del régimen elegido. Por el contrario, los cónyuges no pueden introducir un régimen que no sea uno de los cinco reglados por el BGB²⁸.

A diferencia de las soluciones propugnadas por la doctrina y la jurisprudencia francesas²⁹, el art 1433-I BGB prohíbe taxativamente las remisiones a regímenes reglamentados en leyes extranjeras, con la sola excepción del supuesto en que el marido tenga su domicilio en el extranjero; caso en el que el régimen de bienes allí vigente puede ser tomado como base para las capitulaciones matrimoniales (art. 1433-II BGB).

2.- Forma

Según el art. 1434 BGB las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse, bajo sanción de nulidad, con asistencia simultánea de ambas partes ante Tribunal o Notario.

²⁸ Véase UNZNER, en *Planck's Kommentar...*, IV-1, cit., pág. 321.

²⁹ Véase supra capítulo I, apdo. A) II, 1.

La presencia de las partes puede ser por sí o por medio de representante, siendo posible incluso que ambos tengan un representante común. En virtud del principio de la autocontratación, contenido en el art. 181 BGB³⁰, la jurisprudencia tiene admitido que un cónyuge puede acudir representando al otro³¹.

Dado que en Alemania no rige el principio *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*³², cuando uno de los cónyuges tiene limitada su capacidad y está sometido a tutela es necesaria la autorización del Tribunal de tutelas.

3.- Publicidad

La validez de las capitulaciones matrimoniales no está supeditada a su inscripción. Sin embargo, dado que el régimen matrimonial adoptado tiene gran importancia para los terceros, y que lo que debe perjudicarles debe ser conocido por ellos, el BGB creó un Registro público, denominado "Registro de bienes del matrimonio"³³.

El Registro de bienes del matrimonio es llevado por el tribunal de primera instancia, siendo competente el del domicilio del marido (art. 1558 BGB). Si uno de los cónyuges es comerciante, los efectos de la inscripción en el Registro sólo alcanzan a los asuntos del comercio, si se ha hecho la inscripción en el Registro de bienes del matrimonio (no en el Registro mercantil) del lugar del establecimiento comercial (art. 4 EG zum HGB). Si el marido traslada su domicilio, la inscripción ha de repetirse en el Registro del nuevo distrito; si vuelve a domiciliarse en el antiguo distrito, no es necesaria una nueva inscripción (art. 1559 BGB).

³⁰ "Un representante no puede, en tanto que otra cosa no le esté permitida, celebrar en nombre del representado consigo mismo en propio nombre o como representante de un tercero un negocio jurídico, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación".

³¹ LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 125.

³² Véase WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 293, nota 15.

³³ La organización del registro está regulada en sus detalles por un acuerdo del Bundesrat de 3 de noviembre de 1898.

Las inscripciones en el Registro sólo pueden hacerse a petición de parte, es decir, de los cónyuges conjuntamente, y sólo en la medida en que haya sido solicitada (art. 1560 BGB)³⁴, no procediendo las inscripciones de oficio y no rigiendo el principio del Registro mercantil según el cual es obligatoria –en principio– la inscripción de todo aquello que es inscribible (arts. 13 y 14 HGB).

Practicada la inscripción, el Tribunal debe notificarlo al solicitante y hacer pública la inscripción (art. 1562 BGB). Los efectos de la inscripción no derivan, como en el Registro mercantil (art. 15 HGB), de la notificación pública, sino de la inscripción misma.

El Registro de bienes del matrimonio es público y todo el mundo puede examinarlo y pedir copias de las inscripciones (art. 1563 BGB), y no sólo quien demuestre tener un interés legítimo.

Son hechos inscribibles: las capitulaciones matrimoniales, los negocios jurídicos que modifican las relaciones patrimoniales de los cónyuges³⁵ y ciertos hechos que se producen, sin negocio jurídico, en virtud de la ley: la separación legal de bienes (art. 1431-II BGB) y la existencia de bienes reservados por la ley a la mujer (arts. 1366, 1367, 1370, 1371, 1441 y 1526 BGB). Por el contrario, no son inscribibles las capitulaciones que derogan una regulación **no inscrita** de las relaciones patrimoniales

³⁴ Excepcionalmente basta la instancia de un solo cónyuge cuando se exhiben las capitulaciones matrimoniales. Además, hay dos supuestos en los que la instancia del marido es necesaria y basta por sí sola: si la mujer ha sido privada total o parcialmente de la potestad doméstica [art. 1357-II BGB] o si el marido formaliza su oposición a que la mujer explote una industria o revoca la autorización concedida [art. 1405-III BGB] (art. 1561 BGB).

³⁵ Los supuestos concretos se encuentran recogidos en el articulado del BGB: privación y limitación de la potestad doméstica (art. 1357-II); oposición del marido a la explotación de una industria por la mujer y la revocación del consentimiento ya dado (arts. 1405, 1452, 1519-II, 1525-II y 1549); los negocios de un tercero por los cuales una cosa del patrimonio se convierte en bien reservado (arts. 1369, 1440-II, 1526-I, y 1549); los supuestos de suspensión del régimen matrimonial por medio de sentencia firme (arts. 1418, 1470, 1545 y 1549) o de restablecimiento de la administración y disfrute maritales o la comunidad de gananciales, si la supresión había sido inscrita en el Registro de bienes del matrimonio (arts. 1425, 1431-II, 1547 y 1548).

de los cónyuges³⁶.

Las inscripciones en el Registro no se presumen como exactas; lo que sucede es que los hechos inscribibles, pero no inscritos, figuran como inexistentes. Se trata, pues, de una publicidad negativa igual que la del Registro mercantil (art. 15 HGB). Es decir, hay que confiar en el silencio del Registro, pero no en sus datos positivos. En consecuencia, el tercero de buena fe debe confiar en que las modificaciones del régimen legal que sean inscribibles, pero que no han sido inscritas, se consideran inexistentes. Esta protección sólo se le brinda al tercero de buena fe si, entre él y uno de los cónyuges, media un negocio jurídico o se ha dictado una sentencia firme (art. 1435 BGB).

Al margen de los efectos derivados de la publicidad del Registro de bienes del matrimonio, el tercero de buena fe puede obtener una protección más amplia en virtud de las normas del Registro de la propiedad o del Derecho mobiliario, y en virtud de de las normas del poder (art. 171 BGB) o del asentimiento (por analogía del art. 171 BGB) necesarios para aquellos actos para los cuales el otro cónyuge estaría facultado en virtud del régimen patrimonial inscrito³⁷.

III.- EL REGIMEN LEGAL: ADMINISTRACION Y DISFRUTE MARITALES

1.- Principios fundamentales

El régimen de "administración y disfrute maritales" (Verwaltungsgemeinschaft) entra en vigor como régimen legal con la celebración del matrimonio y en defecto de capitulaciones matrimoniales (art. 1363 BGB). También puede adoptarse como régimen "contractual" en pactos capitulares, mediante los cuales se sustituye el

³⁶ Véase UNZNER, en *Planck's Kommentar...*, IV-1, cit., pág. 330.

Este supuesto marca una importante diferencia entre el Registro de bienes del matrimonio y el Registro mercantil. El tercero que confía en la subsistencia de un régimen concreto que ha llegado a su conocimiento, pero que no ha sido inscrito, **no** es protegido; en cambio, quien confía en la subsistencia de una relación jurídica, conocida por él e inscribible, pero no inscrita en el Registro mercantil, resulta protegido por el art. 15 HGB.

³⁷ WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit. pág. 311. En contra, LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 131.

régimen adoptado anteriormente. No obstante, el régimen legal queda excluido por ministerio de la ley cuando la mujer es incapaz y su representante no ha dado su consentimiento para la celebración del matrimonio (art. 1364 BGB).

En el régimen legal las masas patrimoniales permanecen separadas de acuerdo con la propiedad, distinguiéndose tres: el patrimonio del marido, los bienes aportados de la mujer, que constituyen la totalidad del patrimonio de la mujer, a excepción de los bienes reservados, que veremos a continuación. La expresión "bienes aportados" se refiere a lo que la mujer ha aportado al matrimonio y a lo que adquiere durante el mismo. La dicción del art. 1363 BGB ha sido criticada por ser excesivamente estricta³⁸ y porque se presta a confusión³⁹. Pero lo cierto es que aunque la expresión no ha sido perfilada de forma exhaustiva, la jurisprudencia ha señalado algunos supuestos concretos: el derecho de indemnización por daños corporales, los objetos intransmisibles o una posesión sin derecho⁴⁰.

El patrimonio del marido no se ve alterado por la celebración del matrimonio. En cuanto al de la mujer, hay que separar los bienes aportados, cuya administración y disfrute pasan al marido, y los bienes reservados, que los sigue administrando y disfrutando la mujer.

Cada uno de los cónyuges sigue siendo deudor de las obligaciones contraídas antes del matrimonio, y se hace deudor de las que asuma con posterioridad. Ninguno de los cónyuges puede obligar al otro en virtud de la ley. De las deudas del marido no responden los bienes de la mujer ni, a la inversa, de las de la mujer los bienes del marido⁴¹. No obstante, en función de la administración y disfrute que se le otorgan, en determinados supuestos el marido es deudor solidario de los acreedores de su mujer (art. 1388 BGB).

³⁸ WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 348.

³⁹ LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 130.

⁴⁰ KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 348.

⁴¹ Recuérdese que en virtud de la potestad doméstica la mujer puede obligar al marido sin obligarse ella misma (art. 1357 BGB).

El régimen legal no influye sobre la capacidad de los cónyuges. El consentimiento del marido para que la mujer pueda disponer de sus bienes aportados tiene su fundamento en la limitación que supone para tal derecho el de administración conferido al marido.

Los gastos necesarios para el mantenimiento de la familia incumben al marido (art. 1389-I BGB), pero la mujer contribuye a los mismos con los frutos de sus bienes aportados, bienes que pasan a integrar el patrimonio del marido, y si esos frutos son insuficientes, la mujer tendrá que aportar un suplemento con sus bienes reservados (art. 1371 BGB). Ahora bien, si la contribución de la mujer es superior a una "contribución equitativa", la jurisprudencia le reconoce un derecho a ser resarcida⁴².

2.- Bienes reservados

Según el art. 1365 BGB los bienes reservados constituyen el patrimonio libre de la mujer, sujeto a su propia administración y disfrute independientes.

Los bienes reservados pueden tener esta condición en virtud de la ley, de negocio jurídico o de subrogación.

Son bienes reservados por ministerio de la ley: los objetos destinados al uso personal de la mujer (art. 1366 BGB); las ganancias del trabajo de la mujer (art. 1367 BGB)⁴³, y lo que la mujer adquiere durante el matrimonio por la explotación independiente de una empresa (art. 1367 BGB), entendiéndose por tal, según la jurisprudencia, la explotada **en nombre de la mujer**, sin que sea necesaria la explotación personal⁴⁴. Un tema debatido en este punto es si la propia empresa y el patrimonio de la misma son también bienes reservados. La doctrina y la jurisprudencia

⁴² KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 360, texto y nota 38.

⁴³ El otorgamiento a la mujer de la libre disposición de los productos de su trabajo tiene sus primeras manifestaciones en los derechos norteamericanos (Maine, 1821; Nueva York, 1840), seguidos por Inglaterra en 1870.

⁴⁴ KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 354.

dominantes lo niegan por carecer de todo apoyo legal⁴⁵.

Los bienes reservados en virtud de negocio jurídico pueden serlo por dos vías. En primer lugar, porque sean declarados como tales en las capitulaciones matrimoniales. En segundo lugar, por adquisición durante el matrimonio⁴⁶ a título gratuito, inter vivos o mortis causa, siempre que el causante haya expresado su voluntad de que tales bienes, que normalmente son aportados, tengan la condición de reservados (art. 1369 BGB).

En cuanto a los bienes reservados por subrogación, el art. 1370 BGB establece una fórmula amplia. Son bienes reservados: los que la mujer adquiere en virtud de un derecho que tenga la categoría de bien reservado (los frutos que produce una finca reservada); lo que la mujer adquiere en concepto de indemnizaciones por la destrucción, daño o privación de un objeto reservado, y lo que la mujer adquiere en virtud de un negocio jurídico relativo a los bienes reservados.

En armonía con el carácter excepcional que tienen los bienes reservados, la prueba de su condición incumbe a quien la alega; la presunción, ya vista, del art. 1362-II BGB, en favor de la propiedad de la mujer, no permite soslayar la prueba de que el objeto pertenece exclusivamente a su uso personal.

Frente a terceros de buena fe la condición de bien reservado asignada a un objeto sólo puede hacerse valer si esa condición está inscrita en el Registro de bienes

⁴⁵ LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., págs. 138-139; UNZNER, en *Planck's Kommentar...*, IV-1, cit., pág. 172, si bien reconociendo la inseguridad que ello genera y aconsejando que se resuelva el tema mediante la inclusión de una estipulación expresa y concreta al respecto (carácter reservado) en las capitulaciones matrimoniales. En contra, WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., págs. 355-357, quien distingue entre la empresa y el patrimonio de la misma. La empresa sería un bien reservado, por ser sus productos bienes reservados; el patrimonio, en defecto de norma, sería bien aportado pero, según el art. 1371 BGB, se convertiría en bien reservado si el marido deja a la mujer los utensilios necesarios para su utilización en la empresa, pactando así un "negocio jurídico relativo a los bienes reservados".

⁴⁶ UNZNER, en *Planck's Kommentar...*, IV-1, cit., págs. 174-175. En contra, ampliando el alcance a las atribuciones patrimoniales anteriores al matrimonio, WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 358.

del matrimonio o si era conocida por el tercero interesado (arts. 1371 y 1431 BGB).

La condición de bien reservado se extingue, además de por cesación del régimen, por pactos capitulares que la supriman y con respecto a las cosas destinadas al uso personal de la mujer, al cesar el destino de la cosa.

Los bienes reservados responden de las deudas "reservadas", entendiendo por tales aquellas deudas de la mujer de las que, mientras subsiste el régimen, responden sólo los bienes reservados (arts. 1412 a 1414 BGB). De ellas se distinguen las "cargas reservadas", que son las deudas de la mujer de las cuales responden todos sus bienes, aportados y reservados, pero que en la relación interna de los cónyuges quedan a cargo de los bienes reservados (arts. 1415 y 1416 BGB)⁴⁷.

Aun cuando las dos masas patrimoniales, aportada y reservada, pertenecen a una misma persona, la mujer, cabe que entre ambas se produzcan relaciones jurídicas cuando un objeto de uno de los patrimonios pase al otro, sujetándose o substrayéndose, por esta vía, al derecho de administración y disfrute maritales. Externamente surge un deber de compensación entre los cónyuges, pero internamente lo que hay es una compensación entre las dos masas patrimoniales de la mujer.

3.- Administración y disfrute del marido

3.1.- Generalidades

El derecho de administración y disfrute del marido es, por su origen, un **derecho de familia**, siendo errónea su concepción como una subespecie del derecho de usufructo (arts. 1030 yss. BGB)⁴⁸, lo que no obsta que sean aplicables algunos preceptos del usufructo (arts. 1383 y 1384 BGB). Por su contenido es un derecho de señorío absoluto⁴⁹, cuyo objeto está constituido por los bienes aportados en su totalidad; derecho que, por el carácter personal de las relaciones conyugales, es

⁴⁷ Véase infra apdo. 3.6.2.

⁴⁸ LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 144.

⁴⁹ von THUR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, I y II, trd. de RAVA, Buenos Aires, 1946-1947, I-1, págs. 182-184 y 283.

intransferible (art. 1408 BGB), no pudiendo ser objeto de gravamen ni de embargo por parte de los acreedores del marido⁵⁰.

El marido viene obligado a administrar ordenadamente el patrimonio aportado (art. 1374 BGB) y a soportar las cargas y obligaciones de la mujer en la medida en que un administrador suele hacerlo con los productos de un patrimonio (art. 13875 a 1388 BGB), respondiendo, junto a su mujer, como deudor solidario, con su propio patrimonio frente a los acreedores de la mujer (art. 1388 BGB).

Para hacer posible el derecho de administración y disfrute del marido, la ley le otorga el derecho a la posesión de las cosas que se encuentren entre los bienes aportados.

3.2.- El derecho de administración del marido

Mediante una fórmula genérica, la ley somete los bienes aportados a la administración del marido (art. 1363 BGB) , el legislador concede, en principio, libertad al marido para que adopte todas las medidas necesarias. Sin embargo, establece después dos excepciones importantes: el marido no tiene facultad de obligar a la mujer por negocio jurídico ni de disponer de su patrimonio aportado sin su consentimiento (art. 1375 BGB). Estas excepciones resultan matizadas por la concesión del derecho de disposición en determinados casos (art. 1376 BGB) y la habilitación judicial supletoria para cuando la mujer niega injustificadamente su consentimiento (art. 1379 BGB).

Según el art. 1376 BGB el marido, sin consentimiento de su mujer, puede disponer del dinero y de las cosas consumibles, incluidas las mercancías existentes

⁵⁰ Los bienes aportados no entran en la masa del concurso del marido (arts. 1410 BGB y 861 ZPO). Los frutos percibidos antes de declararse el concurso sí pueden ser objeto de embargo y entran en la masa concursal, pero sólo en tanto no le sean necesarios al marido para su manutención, para cubrir el deber legal de alimentos o las obligaciones que le imponen los arts. 1384 a 1387 BGB (art. 861-I-2 ZPO).

en un almacén de la empresa perteneciente a la mujer⁵¹; puede compensar los créditos de la mujer con las deudas de la misma cuyo pago puede ser exigido con cargo a los bienes aportados; puede saldar las deudas de la mujer que se concretan en la entrega de un bien aportado, entregando dicho bien. Por otra parte, y según el art. 1048-I BGB –por remisión del art.1378 BGB– si entre los bienes aportados figura una finca con inventario⁵², el marido puede disponer de los objetos singulares de dicho inventario.

En relación con las disposiciones en general, el marido debe actuar dentro de los límites de una administración ordenada. En cuanto a las obligaciones concretas, la ley sólo cita el deber de invertir el dinero "según las disposiciones existentes para la colocación del dinero de pupilos, en tanto no haya de tenerse dispuesto para realizar gastos" (art. 1377-II BGB).

Los negocios concluidos en el marco de la administración obligan al marido pero no a la mujer (art. 1375 BGB). Para que obligara a la mujer sería necesario un apoderamiento (art.164 BGB) que no puede ser suplido por la autorización judicial, pues el art. 1379 habla del asentimiento y no del poder⁵³; pero, por interpretación analógica del art. 1379, el consentimiento negado podría ser suplido, con la consecuencia de que el negocio obliga a la mujer por lo que se refiere a los bienes aportados⁵⁴.

No obstante, y como excepción, cuando el marido arrienda en uso o en uso y disfrute una finca de los bienes aportados, la mujer se subroga en sus derechos y obligaciones al término de la administración y disfrute del marido, pudiendo, sin

⁵¹ En contra de esta "amplia facultad de disposición" se manifiesta LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 149.

⁵² Por inventario cabe entender bien los instrumentos de labranza de la finca (Así, WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 373) bien, sin más especificaciones, "otros objetos relacionados con la finca" (Así, MELON INFANTE, *Código civil alemán (BGB)*, cit., pág. 121, nota 535).

⁵³ WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 376.

⁵⁴ LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 153; UNZNER, en *Planck's Kommentar...*, IV-1, cit., págs. 191-192.

embargo, denunciar el arrendamiento si no lo ha consentido (arts.1423 y 1056 BGB).

Si el marido obra en nombre propio y sin poder de la mujer, adquiere para sí, de acuerdo con el art. 164 BGB, y sólo está obligado, según el derecho de obligaciones y las normas de la gestión de negocios, a transmitir a la mujer los derechos adquiridos⁵⁵. Pero habida cuenta de la infrecuencia de estas transmisiones entre cónyuges, la ley establece varias excepciones. Así, si el marido adquiere cosas muebles con medios procedentes de los bienes aportados y por cuenta de los mismos, la propiedad pasa inmediatamente a la mujer y lo adquirido es bien aportado por subrogación (art. 1381 BGB)⁵⁶, y la prueba de que el marido quiso actuar por cuenta propia incumbe a quien lo afirme. Por otra parte, los objetos propios del ajuar doméstico que sustituyan a los aportados, tienen la condición de aportados (art. 138 BGB).

3.3.- El derecho de disfrute del marido

El derecho de disfrute, como ya hemos indicado, es una institución de Derecho de familia, a la que se aplican algunas normas del usufructo.

En virtud de este derecho el marido adquiere los frutos de los bienes aportados (art. 1383 BGB). La propiedad de los frutos naturales la adquiere con su separación (arts. 99 y 954 BGB), debiendo indemnización por el valor de los percibidos en exceso (art. 1039 BGB). La doctrina y la jurisprudencia justifican este derecho como una compensación de la obligación de mantener a la familia⁵⁷.

⁵⁵ La no transmisión de lo adquirido situaría a la mujer, en caso de concurso del marido, en una posición de acreedora del mismo, igual que si se tratase de una adquisición por medio de comisionista, pero sin la protección que el Derecho mercantil brinda al comitente –Cfr. art. 392-1 HGB–.

⁵⁶ Las compras a crédito, con entrega de la cosa al marido, suponen la adquisición de la propiedad por parte de éste y la mujer no será propietaria en tanto no se efectúe el pago con bienes aportados. Véase WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 377, texto y notas 2,3 y 4.

⁵⁷ LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 161.

El derecho de disfrute puede resultar, sin embargo, limitado por pactos contenidos en las capitulaciones matrimoniales. Así, por aplicación analógica del art. 1030-II BGB, pueden quedar excluidos algunos frutos, que consecuentemente pasarán a ser bienes reservados.

3.4.- Deberes del marido

El derecho de administración y disfrute del marido tiene como correlativo una multiplicidad de deberes hacia la mujer, equivalentes, en parte, a los deberes legales del usufructuario para con el propietario, pero más amplios.

El art. 1374 BGB establece que el marido debe administrar ordenadamente el patrimonio aportado, de lo que deriva, frente a la mujer, la obligación de pagar oportunamente, con cargo a los bienes aportados, las deudas de la mujer que deban ser satisfechas con dichos bienes aportados⁵⁸, y debe informar a la mujer, a petición de ésta, del estado de la administración. Según la jurisprudencia este deber se contrae exclusivamente al capital⁵⁹.

La contrapartida del derecho de disfrute la constituye el deber de soportar ciertas cargas, aun cuando éstas sean superiores a los productos que obtiene el marido (arts. 1385 a 1387 BGB)⁶⁰.

Al término de la administración y el disfrute, el marido (o su heredero) tiene que restituir a la mujer los bienes aportados y rendirle cuentas de su administración (art. 1421 BGB).

Según el art. 1394 BGB la mujer no puede dirigirse judicialmente contra su

⁵⁸ WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., págs. 382 y 413.

⁵⁹ LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 163.

⁶⁰ En particular se señalan: las cargas públicas ordinarias de la mujer, a menos que los impuestos graven los bienes reservados; las cargas de derecho privado impuestas sobre los bienes aportados (vg. prestaciones singulares de las cargas reales o los intereses de las deudas mobiliarias); las costas procesales de los juicios civiles de la mujer, que no deban ser soportadas por los bienes reservados.

marido por acciones que se deriven de la administración y disfrute maritales, en tanto no se disuelva el régimen. Pero ello no significa, según la jurisprudencia, que la mujer no pueda intentar satisfacer su derecho por la vía extrajudicial, por ejemplo, por compensación contra un crédito de su marido⁶¹.

Se exceptúan, expresamente, de la no accionabilidad judicial: el derecho que tiene la mujer a exigir que el rendimiento neto de los bienes aportados se destine preferentemente al mantenimiento de la familia (art. 1389-II BGB por remisión del art. 1394 BGB) y la solicitud de la mujer de que el marido preste caución⁶², es decir, que garantice un comportamiento noble y leal cuando, por su conducta, pone en peligro el patrimonio aportado (art. 1391 BGB por remisión del art. 1394 BGB).

Al margen de estas dos acciones, la contrapartida de los deberes que incumben al marido radica en la posibilidad ofrecida a la mujer de pedir, cuando por la conducta del marido haya motivos fundados para temer que su patrimonio está en peligro, la supresión de la administración y el disfrute maritales (art. 1418-I BGB).

3.5.- Derechos de la mujer

Como ya hemos visto, la mujer tiene libertad absoluta respecto a sus bienes reservados, pero no así en cuanto a los aportados.

El patrimonio aportado escapa al disfrute de la mujer, si bien colabora en su administración en la medida en que debe prestar su consentimiento para los actos de disposición del marido (art. 1375 BGB).

Para la disposición de los bienes aportados la mujer está sujeta al consentimiento del marido (arts.1395 BGB)⁶³. Con respecto a las actuaciones sin

⁶¹ LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 167.

⁶² "Sicherheitsleistung". Sobre el contenido múltiple de esta expresión véase MELON INFANTE, *Código civil alemán (BGB)*, cit., nota 207.

⁶³ La reminiscencia de la antigua tutela de la mujer, subyacente en esta norma, es veladamente criticada por LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 170.

consentimiento del marido, se distingue entre las disposiciones unilaterales y las contractuales.

Las disposiciones unilaterales son ineficaces (arts. 1398 BGB), y siguen siéndolo aunque posteriormente el marido de su consentimiento o se extinga su derecho de administración y disfrute. No obstante, hay excepciones relativas a derechos personalísimos: repudiación de una herencia, desestimación de una oferta de contrato o de una donación (art. 1406-1 y 2 BGB).

En las disposiciones contractuales, la eficacia queda **pendiente**. La disposición será eficaz si el marido la ratifica o si, constante la pendencia, se extinguen la administración y el disfrute. Si el marido se niega a ratificarla, la disposición sigue siendo ineficaz aun cuando cesen la administración y el disfrute (art. 1396-I y III BGB).

Durante el estado de pendencia, el tercero ostenta dos derechos. Puede poner término al estado de pendencia requiriendo al marido para que se pronuncie sobre la ratificación. Si así lo hace, el marido debe emitir su declaración dirigiéndola al tercero, invalidándose la declaración previa que le hubiera hecho a la mujer. Si el marido no responde en un plazo de 14 días, la ratificación se entiende rechazada, con la consecuente ineficacia definitiva de la disposición (art. 1396-II BGB). Si el tercero desconocía el estado civil de la mujer, o si hubiera sido inducido a engaño por ésta, puede revocar el contrato durante la situación de pendencia (art. 1397 BGB); revocación que extingue la disposición de la mujer, pero no el negocio causal obligatorio⁶⁴.

Según el art. 1369-I BGB la mujer no necesita consentimiento del marido para los negocios por los que se obliga a una prestación. Si se obliga a disponer de bienes aportados, esta obligación, mientras subsista el derecho de administración y disfrute del marido, sólo puede cumplirla con su consentimiento, pero la obligación sigue siendo válida y puede ser ejecutada sobre los bienes reservados.

⁶⁴ Véase, por todos, von THUR, *Teoría general...*, II-I, cit., págs. 330-331.

La eficacia del negocio frente al marido y respecto a los bienes aportados depende de que el marido haya prestado su consentimiento (art. 1399-II BGB). En estas condiciones, es decir, prestado el consentimiento, la deuda pasa a ser "deuda plena", que puede satisfacerse sobre los bienes aportados⁶⁵. En defecto de consentimiento, los acreedores no pueden dirigirse contra los bienes aportados en tanto no se extingan los derechos del marido. Ahora bien, si el negocio produce un incremento (enriquecimiento) de los bienes aportados, el marido debe dejar valer el negocio contra sí según las disposiciones del enriquecimiento injusto (arts. 812 a 822 BGB). Pero la responsabilidad no deriva del enriquecimiento, sino del negocio celebrado por la mujer⁶⁶.

Excepcionalmente, la mujer puede prescindir del consentimiento del marido –sin suplirlo–. En primer lugar, cuando el marido, por enfermedad o ausencia, no puede emitir una declaración y el aplazamiento suponga un riesgo (art. 1401 BGB). En este caso la mujer es **administradora forzosa** de sus bienes aportados, obrando siempre en nombre propio y otorgándose a sí misma el consentimiento indispensable del art. 1395 BGB⁶⁷, si bien dentro de los márgenes del acto "objetivamente indispensable"; no obstante, para que el acto sea eficaz, la jurisprudencia admite que la mujer pudiera lícitamente considerar el acto como indispensable y la dilación como peligrosa⁶⁸. En segundo lugar, dada la colisión de intereses, cuando la mujer quiera realizar un negocio jurídico con el propio marido o demandarle o defenderse en juicio contra él (arts. 1406-3 y 1407-2 BGB).

Si la mujer explota independientemente un negocio, el consentimiento marital para los negocios que conlleva la explotación se reemplaza por el consentimiento para la explotación del negocio, al cual equivale el que el marido conozca la actividad desarrollada por su mujer y no se oponga a ella (art. 1405-I y II BGB).

⁶⁵ Véase infra apdo. 3.6.2.

⁶⁶ Véase, por todos, UNZNER, en *Planck's Kommentar...IV-1*, cit., págs. 246-247.

⁶⁷ von THUR, *Teoría general...*, II-2, cit., págs. 13 y 39.

⁶⁸ KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 395.

El consentimiento marital tiene por efecto el que la mujer pueda llevar a cabo los actos jurídicos que la explotación del negocio trae consigo y, por tanto, disponer de todos sus bienes aportados, contraer obligaciones sobre ellos, litigar sobre los mismos y recibir declaraciones unilaterales de voluntad relativas a su negocio (art. 1414 BGB).

Una vez que el marido ha dado su consentimiento, no puede prohibir negocios jurídicos o litigios concretos que sean propios de la explotación. En cambio, sí puede revocar totalmente su consentimiento u oponerse a la continuación de la actividad, en cuyo caso la mujer necesitará el consentimiento del marido para cada negocio o litigio singular. Frente a terceros de buena fe, la revocación u oposición sólo surte efectos si ha sido inscrita en el Registro de bienes del matrimonio (arts. 1405-III y 1435 BGB y art. 4 EG zum HGB).

4.- Deudas de los cónyuges

4.1.- Deudas del marido

En consonancia con el principio de la separación de los patrimonios, de las deudas del marido sólo responde su patrimonio y en su totalidad.

Las deudas del marido tiene su origen en las causas generales (vg. contratos, actos ilícitos), pero también en los negocios concluidos por la mujer en el ámbito de la potestad doméstica⁶⁹ y en las normas del propio régimen económico del matrimonio, en los casos del art. 1388 BGB⁷⁰.

4.2.- Deudas de la mujer

Las deudas de la mujer también traen su origen de las causas generales. Entre dichas deudas hay que distinguir: las deudas plenas, que recaen sobre los bienes aportados y sobre los bienes reservados; las deudas reservadas, de las que, vigente el régimen legal, sólo responden los bienes reservados, y las deudas de las que,

⁶⁹ Véase supra apdo. III, 1.

⁷⁰ Véase supra apdo. III, 3.4.

constante el régimen, sólo responden los bienes aportados.

Según el art. 1411 BGB todas las deudas de la mujer son en principio deudas plenas. Entre ellas cabe señalar: las contraídas antes del matrimonio, pues de lo contrario la mujer podría, casándose, reducir la garantía de sus acreedores; de las contraídas durante el matrimonio lo son las nacidas en virtud de negocio jurídico consentido por el marido o que no precisa tal consentimiento; además, las nacidas de actos ilícitos, de la gestión de negocios sin mandato, del deber de alimentos y de las costas procesales (art. 1412-II BGB).

Por lo que a las deudas reservadas se refiere, tienen esta condición: las nacidas de negocio jurídico concluido por la mujer durante el matrimonio sin el indispensable consentimiento del marido (arts. 1412-I y 1399-II BGB); las obligaciones que graven una herencia o un legado recibidos durante el matrimonio en concepto de bienes reservados (arts. 1369 y 1413 BGB), y las deudas que se originan a consecuencia de un derecho perteneciente a los bienes reservados, a no ser que el derecho pertenezca al negocio explotado independientemente por la mujer con consentimiento del marido (art. 1414 BGB), supuesto en el que tendrían la condición de plenas.

La tercera categoría, deudas a cargo de los bienes aportados, suele tener su origen en una limitación contractual de la responsabilidad. Por virtud de la ley, estas deudas sólo se producen cuando una obligación que no recae sobre los bienes reservados es satisfecha sobre éstos, supuesto en el que el marido debe indemnización al patrimonio reservado a costa del aportado (arts. 1415 y 1416 BGB por remisión del art. 1417-II BGB).

Para ejecutar los bienes reservados al acreedor le basta con una sentencia que condene a la mujer a la prestación, sin que tenga que probar el carácter reservado de la deuda, siendo suficiente su afirmación, a menos que la cosa tenga un incuestionable carácter de bien aportado. Ahora bien, si la mujer disminuye intencionalmente el patrimonio reservado, el hecho puede constituir un acto ilícito contra el acreedor (art. 826 BGB), del cual responden también los bienes aportados⁷¹.

⁷¹ Véase KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 403, nota 9.

En cuanto a las deudas plenas, el acreedor puede ejecutar los bienes reservados y, una vez extinguido el régimen, la totalidad del patrimonio. Pero, constante el régimen, puede exigir que su crédito se satisfaga sobre los bienes aportados, para lo que habrá de procurarse un título contra el marido para que tolere la ejecución forzosa de tales bienes⁷².

4.3.- Compensación de deudas entre los patrimonios aportado y reservado

En lo que a las deudas plenas se refiere, los acreedores de la mujer pueden, a su elección, dirigirse contra el patrimonio aportado o contra el reservado. Si se dirigen contra los bienes reservados, la ejecución sólo afecta a la mujer; si se dirigen contra los bienes aportados reducen los frutos a percibir por el marido. La elección del acreedor no puede ser decisiva para determinar cuál de los cónyuges debe verse afectado, en la relación interna, por la satisfacción de las deudas. De ahí que haya que determinar, en las relaciones internas, qué masa debe responder definitivamente de tales deudas.

Normalmente, las deudas plenas, de las que en las relaciones externas responden los bienes aportados, recaen definitivamente sobre tales bienes⁷³. Si hubieran sido satisfechas con bienes reservados, la mujer tendrá a su favor una acción de indemnización, ejercitable de inmediato contra el marido como administrador de los bienes aportados (art. 1417-II BGB).

Excepcionalmente, algunas deudas plenas se consideran en las relaciones internas como cargas definitivas de los bienes reservados. Por tanto, si el marido satisface tales cargas podrá exigirle a su mujer el resarcimiento con cargo a los bienes reservados. Esta regla es aplicable a: las deudas procedentes de acto ilícito cometido durante el matrimonio (art. 1415-1 BGB), las cargas reservadas (art. 1415-2 BGB), y determinadas cargas procesales (art. 1415-3 y 1416 BGB).

⁷² Sobre el significado de la condena del marido a tolerar la ejecución forzosa de los bienes aportados véase WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia, I*, cit., pág. 404 y las controversias doctrinales (procesales) allí citadas.

⁷³ La ley no establece expresamente esta regla, pero se deduce de las excepciones previstas en los arts. 1415 y 1416 del Código civil.

La acción de la mujer se dirige a la indemnización. Y dado que la indemnización se debe con cargo a los bienes aportados, hay que distinguir si el objeto de la prestación (normalmente dinero) existe o no en los bienes reservados. Si existe, la prestación consistirá en la entrega del mismo por el marido a la mujer y en que ambos estén de acuerdo en que el dinero sea en lo sucesivo bien reservado, lo que supone la terminación de la administración y disfrute maritales sobre el mismo. Si no existe metálico, el marido tendrá que procurárselo, por ejemplo, vendiendo bienes aportados; si opta por cumplir la prestación con cargo a su propio patrimonio, lo que puede hacer a tenor del art. 268 BGB –cumplimiento de las prestaciones–, el marido tiene una pretensión de indemnización contra la mujer⁷⁴.

La compensación entre ambas masas patrimoniales de la mujer presupone, según el art. 1417 BGB, que la masa que, en la relación interna no ha de soportar la deuda, haya satisfecho ya al acreedor. Además, cada cónyuge está obligado hacia el otro a pagar con bienes de la masa (de bienes de la mujer) que él administra las deudas que están a cargo de dicha masa. Esta obligación resulta de los principios generales sobre las deudas solidarias (arts. 421 y ss. BGB) y del deber del marido de pagar oportunamente las deudas de la mujer que deban hacerse efectivas sobre los bienes aportados (art. 1374 BGB).

5.– La disolución del régimen

Los arts. 1418, 1419 y 1420 BGB establecen como causas de extinción del régimen legal la disolución del matrimonio; la declaración de muerte del marido, con efectos desde el momento que valga como momento de la muerte; la declaración de muerte de la mujer, que sólo produce una presunción *iuris tantum* de su muerte y, por ende, de la extinción de la administración y disfrute maritales; la declaración de concurso sobre el patrimonio del marido, pero no sobre el de la mujer; por sentencia firme que prive al marido de la administración y disfrute, sustituyendo el régimen legal por el régimen de separación de bienes. Además, como consecuencia del principio de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, por virtud de pactos capitulares, que pueden otorgarse en todo momento.

⁷⁴ WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 409.

Una vez disuelto el régimen, el marido tiene que restituir los bienes aportados y rendir cuentas de su gestión (art. 1421 BGB). Pero a partir de ese momento, el marido está facultado y, en algún caso, obligado a continuar la administración. Está facultado para continuar la administración hasta que conozca o tuviera que conocer la terminación de su derecho (art. 1424-I BGB). Por el contrario, cuando muere su mujer, está obligado a continuarla, siempre que la interrupción suponga un riesgo y hasta que el heredero de la mujer no pueda adoptar las previsiones necesarias (art. 1424-II BGB).

IV.- LOS REGIMENES CONVENCIONALES

1.- Régimen de separación de bienes

1.1.- Origen y caracterización

La separación de bienes (Gütertrennung) entra en vigor como régimen legal supletorio en tres casos: cuando la mujer no es plenamente capaz al tiempo de contraer matrimonio y su representante legal no consintió la conclusión del mismo (arts. 1354 y 1426 BGB); cuando la comunidad conyugal, suprimida por sentencia, es restablecida (art. 1587 BGB)⁷⁵, y cuando se extingue el régimen de bienes pero el matrimonio subsiste⁷⁶.

⁷⁵ El art. 1587 es uno de los preceptos en los que quedó plasmado el compromiso del Estado con la Iglesia. Prohibido por la Iglesia católica el divorcio vincular del matrimonio consumado admite, sin embargo, la separación de lecho, mesa y habitación. Accediendo a los deseos de ciertos círculos católicos, el legislador alemán estableció, junto al divorcio, una institución correlativa en su denominación (supresión de la comunidad conyugal) a la *separatio* católica, pero que, aunque deja subsistente el vínculo de ligamen, produce la extinción de los deberes de convivencia y de los efectos patrimoniales del matrimonio, a lo que se añaden el que la mujer pierde también el domicilio del marido, que se extingan los derechos sucesorios, que los hijos concebidos después de la supresión sean considerados extramatrimoniales, etc.

⁷⁶ Los supuestos concretos se hallan dispersos en el articulado del BGB: supresión de la administración y disfrute del marido, de la comunidad general de bienes, de la sociedad de gananciales o de la comunidad de muebles y adquisiciones en virtud de sentencia firme (arts. 1418, 1426, 1470-II, 1545-I y 1549 BGB); concurso sobre el patrimonio del marido en el régimen legal o en la sociedad de gananciales (arts. 1419, 1426-I y 1545-I BGB); declaración de muerte del marido en el régimen legal y en la sociedad de gananciales (arts. 1420, 1426-I y 1545-I BGB); declaración de muerte de la mujer en el régimen de gananciales (art. 1545 BGB) y exclusión o supresión en capitulaciones matrimoniales de cualquiera de los otros cuatro regímenes regulados, siempre que de los pactos capitulares no resulte otra cosa (art. 1436 BGB).

Como régimen convencional la separación puede establecerse en todo momento en virtud de la libertad y mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales.

Tanto si la separación de bienes es legal como si es convencional, para que sea eficaz frente a terceros de buena fe, es precisa la inscripción en el Registro de bienes del matrimonio (arts. 1431, 1470-II y 1545-II BGB).

El régimen de separación de bienes se caracteriza por la separación jurídica de las masas patrimoniales de los cónyuges en cuanto a la propiedad, la administración y el disfrute, existiendo dos masas patrimoniales, la del marido y la de la mujer, claramente diferenciadas y que responden, cada una de ellas, de sus propias deudas.

Si embargo, esa independencia se ve atenuada por las limitaciones que resultan de la aplicación de las normas imperativas del régimen primario –potestad doméstica de la mujer (art. 1357 BGB), deber de alimentos (arts. 1360–1366 BGB) y presunciones de propiedad (art. 1362 BGB)–, así como de las normas especiales de los arts. 1427 y ss. del BGB.

1.2.– Restricciones derivadas de normas especiales

Según el art. 1427 BGB aunque el marido, como jefe de la asociación conyugal, ha de soportar los gastos que origine el mantenimiento de la familia, la mujer ha de contribuir equitativamente a esos gastos. Ahora bien, si la aportación de la mujer es superior a esa contribución equitativa, a diferencia de lo que sucede en el régimen legal⁷⁷, no se le reconoce un derecho a ser resarcida, presumiéndose, en caso de duda, que la voluntad de la mujer es de no exigir indemnización (art. 1429 BGB).

En ciertos casos la mujer puede negarse a prestar su contribución. Esto sucede cuando el marido se ha revelado inepto para mantener a la familia, ha sido incapacitado o está sometido a curatela por enfermedad o ausencia. Entonces la mujer puede retener su contribución y destinarla por sí misma al sustento (alimentos) de la familia (art. 1428 BGB).

⁷⁷ Véase supra apdo. III, 1.

Aun cuando el marido no tiene derechos ni deberes en relación con el patrimonio de su mujer, es frecuente que la mujer confiera de hecho al marido la administración de su patrimonio. Esta cesión, prevista en el art. 1430 BGB, es un contrato que, por regla general, lo es de mandato, al que son aplicables los arts. 671 BGB (revocación del mandato en cualquier momento), 666 BGB (deber de rendir cuentas) y 667 BGB (deber de entrega), a los que se añade el deber de actuar con la diligencia que pondría en sus propios asuntos del art. 1359 BGB.

La doctrina se muestra unánime en criticar el hecho de que la previsión de la posible cesión no vaya acompañada de una previsión correlativa que pueda subsanar la inseguridad jurídica que puede generarse para la mujer⁷⁸. Unicamente se establece una norma sobre el empleo de los frutos del patrimonio que el marido percibe durante la administración. Según el art. 1430 BGB, el sobrante de los incrementos que experimenta el patrimonio en virtud de una administración ordenada puede ser empleado por el marido a su libre arbitrio, siempre y cuando no sea necesario para pagar los gastos de administración y aquellas deudas de la mujer que se sufragan con los productos del patrimonio. Este derecho se extingue al cesar la administración, momento en que el marido debe entregar a la mujer los frutos no consumidos.

2.- Régimen de comunidad universal de bienes

2.1.- Origen y caracterización

La comunidad universal de bienes (Allgemeine Gütergemeinschaft) tiene un origen exclusivamente convencional; ha de ser pactada en capitulaciones matrimoniales, con la particularidad de que dichas capitulaciones no pueden ser otorgadas por medio de un representante legal⁷⁹ (art. 1437-I BGB). Cosa distinta es el necesario consentimiento del representante legal del cónyuge que tiene limitada su capacidad (art. 1437-II BGB).

La comunidad universal se caracteriza por ampliar la comunidad de vida a la

⁷⁸ Véase, por todos, WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia, I*, cit., pág. 419.

⁷⁹ Véase supra apdo. II, 2.

comunidad patrimonial. Todos los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio y todos los que adquieren durante el mismo se convierten en comunes (art. 1438 BGB). No obstante, existen excepciones: los bienes especiales y los bienes reservados no se hacen comunes. En consonancia con la ampliación de la comunidad patrimonial, las deudas de los cónyuges se convierten en deudas comunes (art. 1459 BGB).

2.2.– Las masas patrimoniales

Bienes comunes: lo son todos los bienes, presentes y futuros, de los cónyuges, en tanto no sean bienes especiales o reservados (art. 1438 BGB).

La conversión en comunes se produce *ipso iure* con la entrada en vigor del régimen matrimonial o, respectivamente, en virtud de la adquisición con posterioridad. La comunidad adquiere los patrimonios de los esposos por sucesión universal. Las adquisiciones de los cónyuges son a título individual y no como representantes de la comunidad, y ésta adquiere como sucesora del cónyuge adquirente.

Si uno de los cónyuges, al contraer matrimonio, tuviera una finca inscrita a su nombre, su consorte se hace copropietario, lo que provoca que la inscripción registral resulte inexacta. Y puesto que la inscripción en el Registro debe reflejar la situación correspondiente a la comunidad (art. 47 Ordenanza Hipotecaria), la ley faculta a los cónyuges para que se exijan mutuamente la colaboración necesaria para proceder a la rectificación del Registro (art. 1438–III BGB). Ahora bien, ello no significa indefensión de los terceros de buena fe. Aun cuando el régimen haya sido inscrito en el Registro de bienes del matrimonio, si no se ha procedido a la rectificación de la inscripción en el registro de la Propiedad, en virtud del principio de la fe pública registral (art. 892 BGB), el Registro se reputa exacto a favor de dichos terceros de buena fe.

Bienes especiales: están constituidos por los objetos que no pueden transmitirse por negocio jurídico (vg. un usufructo o un fideicomiso), y a su regulación se aplican las normas establecidas para los bienes aportados en el régimen de gananciales (art.

1439 BGB)⁸⁰.

De la remisión que hace el art. 1439 BGB resulta que la administración de los bienes especiales corresponde exclusivamente al marido. Sus bienes especiales los administra a su libre arbitrio, y los de la mujer como los bienes aportados del régimen legal, es decir, sin tener la libre disposición, debiendo recabar el consentimiento de la mujer o, en su defecto, del Tribunal de tutelas para disponer de dichos bienes. Por el contrario, el disfrute corresponde a ambos cónyuges en mano común, haciéndose comunes los productos de los mismos. Y lo mismo sucede con los subrogados, en tanto no sea imposible su transmisión por negocio jurídico, se convierten en comunes al estar expresamente excluida la subrogación que contempla el art. 1524 BGB (art. 1439 BGB).

Bienes reservados⁸¹: lo son los que en virtud de capitulaciones matrimoniales tengan tal condición, los procedentes de donación o herencia por voluntad expresa del causante y los procedentes de subrogación. En cambio, y a diferencia de lo que sucede en el régimen legal, no hay bienes reservados por ministerio de la ley (art. 1440 BGB).

Los bienes reservados del marido están sujetos al mismo régimen que los bienes de un no casado, si bien quedan afectados a ciertas deudas⁸². A los de la mujer, por su parte, se les aplican las normas de la separación de bienes. Por consiguiente, la mujer los administra y disfruta como si no estuviera casada, pero está obligada a contribuir, con los frutos de sus bienes, al sostenimiento de la familia, siempre que los frutos de los bienes comunes, sobre los cuales recae el mantenimiento de la familia (art. 1458 BGB), no sean suficientes (art. 1441 BGB).

⁸⁰ Las dificultades que derivan de la técnica de las autocitas o remisiones del BGB se ponen especialmente de manifiesto en el ámbito del Derecho patrimonial de la familia: la comunidad universal se remite a la de gananciales (art. 1439); la de gananciales a la administración y disfrute maritales (arts. 1525 y 1529), y del régimen legal al usufructo (arts. 1378, 1383 y 1384).

⁸¹ La comunidad universal es el único régimen en el que existen bienes reservados del marido.

⁸² Véase infra apdo. 2.6.2.

2.3.- Derechos de los cónyuges sobre los bienes comunes en general

Los bienes comunes constituyen un "patrimonio común" a ambos cónyuges, no integrando cuotas determinadas, sino participaciones indivisibles que no cabe expresar numéricamente.

Las participaciones de los esposos sobre el patrimonio común están permanentemente unidas: ninguno de los esposos puede disponer de su participación, ni, mientras exista la comunidad, puede pedir la división del patrimonio común o de un bien integrante del mismo (art. 1442 BGB).

2.4.- Facultades del marido sobre los bienes comunes

El art. 1443 BGB confiere al marido el derecho de administrar el patrimonio común⁸³. El marido está facultado para tomar posesión de las cosas que integran el patrimonio común (art. 1443-I BGB) y para administrar y disponer libremente y en nombre propio, sin estar obligado a rendir cuentas de la administración (art. 1456 BGB).

En principio, el marido tiene derecho a disponer de todos los objetos del patrimonio común, obrando a tal efecto en nombre propio y no como representante de la comunidad. También tiene, en principio, la facultad de obligarse a una prestación, en particular, a una disposición sobre los bienes comunes, obligándose él mismo y la comunidad al mismo tiempo, pero nunca puede obligar a la mujer, a no ser que ésta le haya conferido un poder (art. 1443-II BGB).

La libertad de actuación del marido se ve recortada por ministerio de la ley. En primer lugar, el marido no puede obligarse a disponer del patrimonio común en su totalidad sin recabar el consentimiento de la mujer, y si, no obstante, se hubiera obligado a ello, necesita el consentimiento de ésta para cumplir semejante obligación (art. 1444 BGB). En segundo lugar, necesita, igualmente, el consentimiento de la

⁸³ Este nuevo residuo histórico de la potestad marital es criticado por WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 438, nota 11.

mujer para la disposición sobre una finca del patrimonio común, así como para asumir la obligación de llevar a cabo tal disposición (art. 1445 BGB). Por último, el marido necesita el consentimiento de su mujer para las donaciones de bienes comunes y para las disposiciones sobre el patrimonio común por las cuales deba ser cumplida la promesa de donación hecha sin consentimiento de la mujer (art. 1446 BGB).

En caso de que el negocio jurídico sea necesario para la administración regular del patrimonio común, en caso de negativa infundada, enfermedad o ausencia y siendo peligrosa la dilación, el consentimiento de la mujer puede ser suplido por el Tribunal de tutelas (art. 1447-II BGB).

El defecto de consentimiento –de la mujer o judicial supletorio– puede subsanarse mediante ratificación por parte de la mujer (arts. 1396, 1397 y 1398 BGB por remisión del art. 1448-I BGB). Durante el estado de pendencia, el tercero tiene el derecho de revocación y el de señalarle al marido un plazo de 14 días para que obtenga la ratificación (art. 1448-II BGB).

2.5.– Facultades de la mujer sobre los bienes comunes

La mujer carece de la facultad de administrar y disponer del patrimonio común, no pudiendo tampoco obligar por negocio jurídico a la comunidad. Lo único que puede es adquirir bienes comunes, ya que las adquisiciones de los esposos pasan a ser bienes comunes (art. 1438-I BGB).

Sin embargo, y excepcionalmente, la mujer está facultada para realizar determinados actos jurídicos.

Al igual que en el régimen legal, es administradora forzosa, siempre que el marido esté enfermo o ausente o haya sido incapacitado y el retraso en la gestión entrañe un riesgo. Pero en este caso, y a diferencia de lo previsto en el art. 1401 BGB⁸⁴, puede elegir entre obrar en nombre propio o en nombre del marido (art. 1450 BGB).

⁸⁴ Véase supra apdo. III, 3.5.

Cuando para el cuidado normal de un asunto particular de la mujer sea preciso un negocio jurídico con eficacia frente al patrimonio común, puede llevarlo a cabo con el consentimiento –supletorio– del Tribunal de tutelas (art. 1451 BGB).

Si la mujer explota independientemente un negocio con consentimiento del marido, puede disponer de los bienes comunes y contraer obligaciones válidas sobre los mismos (art. 1452 BGB).

Puede revocar los actos de disposición que el marido realice sin recabar su consentimiento (art. 1449 BGB).

Por último, el art. 1453 BGB le confiere el derecho a ejercitar sus derechos de carácter personalísimo.

2.6.– Deudas de la comunidad

Los artículos 1459 y ss. BGB tratan de hasta qué punto el patrimonio común está sujeto a las deudas contraídas por los esposos y hasta qué punto los acreedores de éstos pueden exigir que sus créditos se satisfagan con los bienes del patrimonio común.

Las deudas de la comunidad pueden ser independientes o accesorias⁸⁵. Las independientes son las que nacen de un negocio en mano común realizado por ambos cónyuges, pactando que sólo responderán los bienes comunes. Normalmente, por el contrario, la deuda es accesoria, pues nace junto a la de uno o ambos esposos.

Según el art. 1459-I BGB, junto a toda deuda del marido existe también una deuda de la comunidad, por lo que los acreedores del marido pueden exigir que su crédito se satisfaga sobre el patrimonio común. A tal efecto es indiferente cuál sea el origen temporal y causal de la deuda, es decir, que sea anterior o posterior al matrimonio y que proceda de negocio jurídico, delito u otro hecho.

⁸⁵ WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., págs. 452–453.

El mismo precepto establece que también, junto a una deuda de la mujer, nace una deuda accesoria de la comunidad, pero con importantes restricciones: los bienes comunes no responden de las deudas de las que no responderían los bienes aportados en el régimen legal, es decir, de las contraídas por negocio sin consentimiento del marido, de las que surgen de la aceptación de una donación o herencia en concepto de bienes reservados o por consecuencia del ejercicio de un derecho sobre los bienes reservados, salvo que este derecho pertenezca a la empresa que explota la mujer con consentimiento del marido (arts. 1461 y 1462 BGB).

Salvada la excepción, los bienes comunes responden de las deudas derivadas de los negocios jurídicos celebrados con consentimiento del marido o que no precisan tal consentimiento.

Finalmente, y como contrapartida de la facultad de disposición sobre los bienes comunes que tiene el marido, mientras que la mujer no responde en absoluto de las deudas de su marido, éste responde personalmente de todas las deudas de las cuales responde el patrimonio de la mujer (art. 1459-II BGB)⁸⁶. La norma va encaminada a evitar que el marido sólo satisfaga sus propias deudas con el patrimonio común. La responsabilidad subsiste aunque se extinga la comunidad, en tanto que las deudas de la mujer, en las relaciones internas, estén a cargo de los bienes comunes (art. 1459-II BGB).

Un supuesto especial de afectación del patrimonio común lo constituye la declaración en concurso del marido. El art. 2-I KO establece que si en régimen de comunidad universal, la masa común es administrada por el marido (posteriormente con la ley de equiparación, por uno de los cónyuges) y su patrimonio se ve sometido a un procedimiento concursal, los bienes comunes forman parte de la masa del concurso.

⁸⁶ LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 203. WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 456, justifica esta responsabilidad refiriéndola al "amplio derecho de administración".

2.7.– Deudas privativas

Deudas privativas lo son únicamente las contraídas antes del matrimonio. Las deudas de cada cónyuge recaen sobre su propio patrimonio, es decir, sobre sus bienes especiales y sobre sus bienes reservados. Sin embargo, constante el régimen, el patrimonio especial de la mujer sólo responde de las deudas de las que, en el régimen legal, responderían los bienes aportados⁸⁷, pues el art. 1439 se remite al art. 1525-II y éste a los artículos 1411 y siguientes del BGB.

2.8.– Compensación de deudas entre las distintas masas

Teniendo en cuenta que en el régimen de comunidad universal pueden coexistir cinco masas patrimoniales (la común, las dos especiales y las dos reservadas), entre las cuales los acreedores pueden elegir para su satisfacción, es preciso determinar a cargo de qué masa deben quedar definitivamente las deudas.

Las obligaciones de la comunidad deben satisfacerse con los bienes comunes. Si se hubieren satisfecho con bienes reservados, el esposo perjudicado tiene acción contra la masa común, si bien el derecho del marido se supedita a la terminación de la comunidad (art. 1467 BGB). Si la deuda no ha sido todavía cancelada al tiempo de la partición de la comunidad, cada uno de los cónyuges puede exigir que se haga efectiva, en primer término, sobre el patrimonio común.

Este principio tiene importantes excepciones (arts. 1463–1465 BGB) que se corresponden, en su mayoría, con las establecidas en los arts. 1414 y 1415 BGB para el régimen legal⁸⁸. En particular, las deudas procedentes de un delito cometido constante el régimen, las cargas de los bienes reservados, determinadas costas procesales (arts. 1463 y 1464) y la dote de un hijo común con los bienes comunes, en la parte que exceda a la proporcionalidad que debe existir entre la cuantía de la dote y el montante de los bienes comunes (art. 1465 BGB), no quedan, en las relaciones internas, a cargo de los bienes comunes, sino que son una carga especial del cónyuge

⁸⁷ Véase supra apdo. III, 4.2.

⁸⁸ Véase supra apdo. III, 4.3.

causante de la misma.

2.9.– La disolución del régimen

2.9.1.– Causas

La comunidad universal se extingue por disolución del matrimonio, especialmente por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio. Pero si al morir uno de los esposos existen descendientes comunes, entra en vigor la **comunidad continuada** (art. 1483 BGB).

A pesar de la subsistencia del matrimonio, la comunidad universal se extingue por otorgamiento de capitulaciones matrimoniales (art. 1463 BGB) y por sentencia firme pronunciada a consecuencia de una demanda de supresión, entablada por uno de los cónyuges (arts. 1468 y 1469 BGB).

La demanda de la mujer es admisible por causas análogas a las establecidas para el régimen legal: cuando el marido contrata sin su consentimiento y pone en peligro el porvenir de la mujer; cuando disminuye el patrimonio común con intención de perjudicar a la mujer; cuando ha incumplido el deber de alimentos; si ha sido incapacitado por prodigo, y cuando sus deudas personales sobrecargan el patrimonio común en detrimento de la mujer (art. 1468 BGB).

El marido, por su parte, puede demandar la supresión cuando por las obligaciones de la mujer –de las que no responden los bienes comunes– se ponga en peligro el patrimonio común y las posibles adquisiciones futuras del marido (art. 1469 BGB).

Por el contrario, no son causas de extinción: el concurso, la declaración de muerte, la incapacitación (por causa que no sea la prodigalidad), ni la curatela por enfermedad o ausencia (Cfr. arts. 1418 y 1419 con los arts. 1468 y 1469 BGB).

La terminación de la comunidad universal es definitiva. Así, por ejemplo, el marido no tiene derecho a que sea restablecida cuando, en su caso, quede sin efecto

su incapacidad por prodigalidad⁸⁹.

2.9.2.- La liquidación

La terminación de la comunidad va seguida por la partición, a menos que entre en vigor la comunidad continuada (arts. 1471 y 1482 BGB). Mientras subsiste el matrimonio entra en vigor la separación de bienes, lo que sólo procede en la duda, es decir, cuando no se desprenda claramente de los pactos, en el supuesto de supresión en virtud de capitulaciones matrimoniales (arts. 1470 y 1436 BGB).

La posición de la jurisprudencia no parece estar muy clara en cuanto a la posible limitación y supresión del derecho a la partición. Sobre la base de una misma sentencia se contemplan la solución afirmativa⁹⁰ y la solución negativa⁹¹.

A la disolución del régimen la comunidad universal se transforma en una comunidad en liquidación, en la que la administración corresponde conjuntamente a ambos esposos o a sus herederos, si bien cada uno de ellos puede proceder por sí mismo, en concepto de administrador de urgencia, para adoptar las medidas de conservación que sean necesarias (art. 1472-II BGB). Los bienes siguen perteneciéndoles en común, sin expresión de cuotas, y si bien la participación sigue siendo indisponible (art. 1471-II BGB), el art. 860 ZPO la declara embargable por sus acreedores respectivos.

De la extinción de la comunidad universal se deriva que, al margen de los casos de subrogación (art. 1473 BGB), las adquisiciones de los cónyuges no ingresen en la masa común⁹².

La partición comprende en primer lugar el pago de las obligaciones del

⁸⁹ WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 460.

⁹⁰ LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 206.

⁹¹ KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 460, nota 4.

⁹² Véase LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 207.

patrimonio común que sean definitivamente responsabilidad del mismo, para lo cual los bienes comunes han de convertirse en dinero en la cantidad necesaria (art. 1475 BGB). A continuación se procede a la división del remanente por partes iguales entre los cónyuges (arts. 1476 y 1477-I BGB). Ahora bien, cada uno de los esposos tiene derecho a la atribución preferente de ciertos objetos contra el pago de su valor: las cosas destinadas exclusivamente a su uso personal, en especial vestidos, joyas e instrumentos de trabajo; las cosas aportadas a la comunidad y las adquiridas posteriormente por herencia, legado, donación o dote (art. 1477-II BGB), no admitiendo la jurisprudencia la atribución preferente de los subrogados de dichos bienes⁹³. Lo que sí cabría, en cambio, es la atribución de otros objetos, distintos a los de la enumeración legal, en virtud de pactos capitulares⁹⁴.

Si una vez terminada la partición, queda por pagar alguna deuda de la comunidad, la pretensión del acreedor contra la comunidad se transforma en pretensión contra los cónyuges, adjudicatarios de los objetos del patrimonio común (art. 1480 BGB). Para el caso de que el cónyuge que satisface la deuda no sea el responsable definitivo de la misma, la ley establece un derecho de compensación. Además, si la deuda es común, se le ofrece a la mujer la garantía de que el marido responde ante ella de que los acreedores no se dirigirán contra su patrimonio (art. 1481 BGB).

Para evitar posibles injusticias cuando el matrimonio se ha disuelto por divorcio y uno de los cónyuges ha sido declarado culpable único, la ley concede al inocente un derecho de opción. El cónyuge inocente puede exigir que en la partición se restituya a cada esposo el valor, no el objeto en sí, de lo que ha aportado a la comunidad⁹⁵, o bien puede optar por la división en partes iguales (art. 1478 BGB).

2.10.- La comunidad continuada

Si el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los esposos, y existen

⁹³ KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 463.

⁹⁴ Así, LEHMANN, *Derecho de familia*, cit., pág. 207.

⁹⁵ UNZNER, en *Planck's Kommentar...*, IV-1, cit., págs. 452-453.

descendientes comunes, la comunidad de bienes continúa entre el cónyuge supérstite y los descendientes comunes (art. 1483 BGB).

Las normas reguladoras de la comunidad continuada son imperativas, y sólo pueden ser excluidas o modificadas cuando la ley lo permita expresamente (art. 1515 BGB).

La comunidad continuada entra en vigor *ipso iure* cuando existen descendientes comunes llamados por ley a la herencia. Sin embargo, hay excepciones: exclusión por capitulaciones matrimoniales (art. 1508 BGB); exclusión por testamento del cónyuge premuerto (arts. 2335 y 1509 BGB) y si el cónyuge supérstite la rechaza (art. 1484 BGB).

La entrada en vigor de la comunidad continuada no significa sucesión hereditaria en el patrimonio del esposo fallecido, sino la subsistencia de la comunidad de bienes conyugal aunque con un cambio en las personas de los interesados. En efecto, el supérstite se coloca en la posición jurídica del marido y los descendientes pasan a ocupar el puesto de la mujer (arts. 1487, 1489, 1495 y 1498 BGB).

En la comunidad continuada existen cuatro masas patrimoniales. El **patrimonio común**, integrado por el patrimonio común conyugal, los bienes que el supérstite adquiere sobre el caudal relicto del difunto, los bienes que el supérstite adquiere en el transcurso de la comunidad, siempre que no formen parte de sus bienes especiales o reservados, y los frutos y los subrogados correspondientes a las tres primeras categorías (art. 1485-I BGB). El **patrimonio reservado** del cónyuge sobreviviente, compuesto por los bienes que ha tenido durante el matrimonio en concepto de reservados (art. 1486-I BGB). El **patrimonio especial** del sobreviviente, integrado por los objetos no transmisibles por negocio jurídico (art. 1486-II BGB). Y, por último, los **patrimonios de los descendientes** partícipes (art. 1485-II BGB).

El patrimonio común pertenece en mano común al supérstite y a los descendientes, sin que las participaciones, que permanecen unidas, puedan considerarse como cuotas (arts. 1487 y 1442 BGB). Su administración está sujeta a las reglas previstas para el patrimonio conyugal común (art. 1487-I BGB). Y por lo que a las

obligaciones se refiere, el art. 1488 BGB establece que lo son todas las del patrimonio común conyugal y todas las del cónyuge supérstite.

En la relación de los comuneros entre sí, las obligaciones del patrimonio común son también cargas del mismo, a excepción de las que los arts. 1499 y 1500 BGB ponen a cargo de los copartícipes⁹⁶.

La comunidad continuada termina por voluntad del supérstite (art. 1492 BGB), matrimonio ulterior (art. 1493 BGB) o declaración de muerte del mismo (art. 1494 BGB); por sentencia firme dictada, a instancia de uno de los descendientes, contra el cónyuge supérstite (art. 1495 BGB) y por desaparición de todos los descendientes partícipes, acreciendo entonces el patrimonio común al cónyuge supérstite (arts. 1490 y 1491-IV BGB).

Una vez terminada la comunidad continuada procede su partición, a menos que sea innecesaria por acrecimiento (art. 1497 BGB). La partición se rige por los mismos principios que la de la comunidad conyugal (arts. 1497 a 1505 BGB), regulándose especialmente el derecho de atribución preferente del cónyuge supérstite (art. 1502-I BGB); derecho que se le niega en caso de supresión por sentencia firme dictada contra él (art. 1502-II BGB).

⁹⁶ ART. 1499: "En la liquidación pesan sobre el supérstite: 1) Las obligaciones del patrimonio común que le incumbían al instaurarse la comunidad continuada, por las cuales no respondía el patrimonio común matrimonial, o las cuales en la relación interna pesaban sobre él. 2) Las obligaciones del patrimonio común originadas después de la entrada en vigor de la comunidad continuada, las cuales, si se hubieran originado en su persona durante la comunidad matrimonial de bienes, habrían pesado sobre él en la relación interna de los cónyuges. 3) La dote o equipo que él haya prometido o proporcionado a un descendiente partícipe sobrepasando la medida correspondiente al patrimonio común, o que haya prometido o procurado a un descendiente no partícipe".

ART. 1500: "Los descendientes partícipes deben dejarse imputar sobre su cuota, en la liquidación, las obligaciones del cónyuge fallecido que pesan sobre éste en la relación interna de los esposos, siempre que el supérstite no haya podido obtener cobertura del heredero del cónyuge fallecido. En la misma forma han de dejarse imputar los descendientes partícipes lo que el cónyuge fallecido había de indemnizar al patrimonio común".

3.- Régimen de sociedad de gananciales

El BGB no regula especialmente el régimen de sociedad de gananciales (Errungenschaftsgemeinschaft), sino que lo estructura mediante remisiones al régimen legal y a la comunidad universal. Para las ganancias rigen, en lo esencial, las normas de la comunidad universal, y para los restantes patrimonios las relativas al régimen legal.

3.1.- Las masas patrimoniales

En el régimen de gananciales hay que distinguir cuatro patrimonios: los bienes gananciales, los aportados del marido y la mujer y los reservados de ésta.

Bienes gananciales: son los adquiridos por el marido y la mujer durante el régimen, bien sean frutos del trabajo o del patrimonio (art. 1519 BGB).

Bienes aportados: los que les pertenecían a la celebración del matrimonio (art. 1520 BGB); los adquiridos a título gratuito durante el matrimonio (art. 1521 BGB); los objetos no transmisibles por negocio jurídico (art. 1522 BGB); los declarados como tales en las capitulaciones matrimoniales (art. 1523 BGB) y los subrogados correspondientes (art. 1524 BGB).

Bienes reservados: se configuran igual que en la comunidad universal⁹⁷.

En relación con todas las masas, y en beneficio de la masa común, el art. 1527 BGB formula la presunción de ganancialidad: en la duda de a qué patrimonio pertenece un objeto, se presume común.

3.2.- La gestión de los bienes

Por lo que se refiere al patrimonio común son aplicables los preceptos de la comunidad universal de bienes, es decir, administración y disposición por el marido

⁹⁷ Véase supra apdo. IV. 2.2.

(arts. 1442 y ss.BGB), y derecho de administración de la mujer en casos de urgencia.

El mantenimiento de la familia corre a cargo de los bienes gananciales (arts. 1529-I BGB).

En lo que a los bienes aportados de cada esposo se refiere, el marido administra en calidad de propietario los suyos, y los de la mujer según las normas de la comunidad universal de bienes. Puesto que los frutos de los bienes aportados son gananciales, el patrimonio común soporta las cargas de los patrimonios aportados (art. 1529-II BGB).

En cuanto al patrimonio reservado de la mujer son aplicables las normas que rigen en la comunidad universal de bienes, es decir, se hace aplicación analógica de la separación de bienes (arts. 1526-III y 1441 BGB).

3.3.- Deudas de los cónyuges

De las deudas del marido responden sus bienes aportados y los bienes gananciales (art. 1530-I BGB). De las deudas de la mujer responden en todo caso sus bienes reservados, y sus bienes aportados si, bajo el régimen legal, debieran responder también de la deuda (arts. 1411 a 1414 BGB). Y por determinadas deudas, taxativamente enumeradas, los bienes gananciales: deudas que afectan a los bienes aportados (art. 1531 BGB), deudas consentidas por el marido (art. 1532 BGB), las derivadas de la explotación de un negocio (art. 1537 BGB) y las deudas de alimentos que la ley impone a la mujer.

Al igual que sucedía en el régimen de comunidad universal, en virtud del párrafo tercero del art. 2 KO, que remite al párrafo primero del mismo precepto, hay una especial afectación de los bienes comunes. En efecto, declarado el concurso del marido, los bienes gananciales forman parte de la masa del concurso.

3.4.- La disolución del régimen

La sociedad de gananciales termina por las mismas causas que la comunidad

universal de bienes (arts. 1468 y 1469 por remisión del art. 1542-I BGB). Además, dado que el marido tiene la administración de los bienes aportados de la mujer, por todas las causas de terminación del régimen legal (arts. 1542 y 1543 BGB). Y , finalmente, por la declaración de muerte de uno de los esposos (art. 1544 BGB).

Terminado el régimen, en cuanto al patrimonio común procede la partición por las normas de la comunidad universal (art. 1546-I y II BGB). Por lo que respecta a los bienes aportados, se aplican las normas del régimen legal, debiendo, pues, el marido entregarlos y rendir cuentas de la gestión (art. 1546-III BGB).

Si el régimen termina por concurso del marido, declaración de muerte de uno de los cónyuges o supresión por sentencia firme dictada contra uno de los esposos, entra en vigor el régimen de separación de bienes (art. 1545 BGB).

Si el régimen termina por concurso del marido o por declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, puede solicitarse el restablecimiento de la sociedad de gananciales (art. 1547 BGB). En caso de que se restablezca el régimen, los bienes que, si la comunidad no hubiera terminado, tendrían la condición de aportados, pasan a ser bienes reservados.

4.- Régimen de comunidad de muebles y adquisiciones

En la comunidad de muebles y adquisiciones (*Fahrnisgemeinschaft*)⁹⁸ se hacen comunes todos los bienes muebles de los esposos, así como los que adquieran durante el matrimonio, sean muebles o inmuebles⁹⁹.

4.1.- Las masas patrimoniales

En este régimen, al igual que en el de la comunidad de gananciales, hay cuatro

⁹⁸ Recuérdese que éste fue el establecido por el Código Napoleónico como régimen legal en Francia, véase *supra* capítulo I, apdo. A), III.

⁹⁹ Los defectos de este régimen son duramente criticados por WOLFF, en KIPP-WOLFF, *Derecho de familia*, I, cit., pág. 504.

masas: bienes comunes, aportados de cada esposo y reservados de la mujer, quedando excluida expresamente la existencia de bienes reservados del marido (art. 1555 BGB).

Bienes comunes: los constituyen las adquisiciones, sean muebles o inmuebles, y todos los bienes muebles; incluyéndose los subrogados de los objetos no transmisibles por negocio jurídico.

Bienes aportados: lo son los bienes inmuebles que cada cónyuge poseía al celebrarse el matrimonio y los adquiridos a título gratuito constante matrimonio (art. 1551-I BGB); los objetos no transmisibles por negocio jurídico, como en los demás regímenes comunitarios (art. 1552 BGB); los objetos declarados como tales, bien por capitulaciones matrimoniales, bien por voluntad del tercero que hace la atribución patrimonial (art. 1553 BGB), y los subrogados de tales bienes (art. 1554 BGB).

Bienes reservados: son los declarados como tales en capitulaciones matrimoniales, los atribuidos por un tercero mortis causa o gratuitamente con cláusula de que sean reservados y los subrogados correspondientes.

4.2.- La gestión de los bienes

Nuevamente nos encontramos con una regulación híbrida. El patrimonio común recibe el mismo trato que en la comunidad universal de bienes (art. 1549 BGB). Por tanto, es patrimonio común de ambos cónyuges en mano común, el marido tiene el derecho de administración y la mujer el de prestar su consentimiento para los actos de disposición de bienes inmuebles, las donaciones y transmisiones, así como el derecho de administración en casos de urgencia.

Los patrimonios aportados reciben el mismo trato que en la comunidad de gananciales. El marido tiene la administración de ambos, y la mano común el disfrute, lo que le impone el soportar las cargas de estos bienes (art. 1550-II BGB).

El tratamiento de los bienes reservados de la mujer es el mismo que se les da en la comunidad universal de bienes (art. 1549 BGB).

4.3.- Deudas de los cónyuges

Los acreedores del marido son a la vez acreedores de la mano común y, por tanto, tienen como garantía el patrimonio aportado del marido y los bienes comunes.

Los acreedores de la mujer pueden dirigirse, en todo caso, contra sus bienes reservados, y normalmente contra sus bienes aportados. También responden de las deudas de la mujer los bienes comunes, a excepción sólo de los casos en que no responde en el régimen de comunidad universal (arts. 1529 y 1550 BGB). Finalmente, el marido responde personalmente cuando responden los bienes comunes (arts. 1549 y 1459 BGB).

4.4.- La disolución del régimen

No habiendo especificaciones al respecto en los arts. 1550 a 1558 BGB y dada la remisión del art. 1549 BGB al régimen de la comunidad universal de bienes, la comunidad de muebles y adquisiciones termina por las mismas causas que éste; aplicándose a la partición los mismos preceptos ya vistos, si bien aquí no rige la comunidad continuada por ministerio de la ley, sino únicamente cuando se pacte en capitulaciones matrimoniales (art. 1557 BGB).

B) LA LEY DE EQUIPARACION JURIDICA DE 18 DE JUNIO DE 1957

I.- EL REGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO

1.- La contribución de los cónyuges a los gastos de la familia

Los arts. 1360 y 1360a BGB establecen, por una parte, los diferentes cargos que entran en la noción de "gastos necesarios para el mantenimiento de la familia"; y de otra, el reparto de dichos costes entre los dos esposos; creándose así, en cierta medida, un activo y un pasivo del matrimonio¹⁰⁰.

¹⁰⁰ SANDROCK, "Le régime matrimonial 'primaire'", en *Travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, 1966, págs. 295 y ss., pág. 297.

Según el art. 1360a-I BGB, gastos de la familia lo son todos los necesarios para el mantenimiento del hogar, así como los relativos a las necesidades personales de los esposos y de los hijos comunes, según la situación social de los cónyuges.

El reparto se hace atendiendo a los medios de trabajo o fortuna, pero computándose como contribución el trabajo doméstico, tanto en lo referente a la llevanza de la casa como al cuidado de los hijos, aportando el otro cónyuge el dinero suficiente (art. 1360-I BGB). Y si el salario aportado fuese insuficiente, cada uno de los cónyuges está obligado a afectar al mantenimiento de la familia las rentas de su patrimonio personal (art. 1360-II BGB).

Por último, si uno de los cónyuges contribuye con una suma mayor a la que le corresponde, se entiende, en la duda, que no pretende exigir indemnización del otro (art. 1360b BGB).

2.- El ejercicio de la potestad doméstica

La ley de 57 mantuvo la atribución de la potestad doméstica a la mujer, confiriéndole la facultad de actuar por sí y en su propio nombre, pero con eficacia a favor y en contra del marido (art. 1357-I BGB).

Sin embargo, a partir de la reforma del 76, aunque el legislador mantuvo el modelo de la mujer ama de casa, dejó al libre acuerdo de los esposos el reparto de funciones en la vida matrimonial. Sea cual sea la opción que hagan los cónyuges, ambos pueden ejercer la potestad de llaves y, por ende, concluir negocios orientados a asegurar de forma apropiada las necesidades de la vida cotidiana, quedando obligados el contratante y su consorte (art. 1357-II BGB). Lo único indispensable para la solidaridad de la obligación es que el negocio vaya realmente encaminado a la cobertura de las necesidades de la familia¹⁰¹.

Si uno de los cónyuges no quisiera o no pudiera cubrir regularmente las

¹⁰¹ DIEDERICHSEN, "Familienrecht", en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München-Berlin, 1988, págs. 1337-1338.

necesidades de la familia por falta de medios, el otro puede limitarle o suprimirle la potestad doméstica mediante declaración unilateral dirigida al Tribunal de familia, y ejercerla por sí solo (art. 1357-II BGB). La eficacia frente a terceros de la restricción o exclusión sigue dependiendo, como bajo la legislación anterior, de su inscripción en el Registro de bienes del matrimonio (arts. 1357-II y 1412 BGB).

3.- La autonomía profesional

A partir de la reforma de 1976 el art. 1356 BGB establece que cada cónyuge tiene derecho a ejercer su propia profesión.

Con anterioridad a la reforma del 76, el art. 1356-II BGB imponía a cada cónyuge la obligación de trabajar en el negocio o profesión del otro, si ello era usual teniendo en cuenta las circunstancias de cada familia, lo que, debido a la excesiva generalidad del precepto, dejaba a la libre apreciación de los jueces la determinación de tal obligación¹⁰².

La polémica suscitada en torno a si el cumplimiento del deber de colaboración podía ser objeto de un contrato de trabajo entre cónyuges fue solventada por el Tribunal Supremo entendiendo que en los casos de colaboración existía una sociedad interna entre los cónyuges, partiendo para dicha construcción de la institución de la "sociedad en participación"¹⁰³. Esta construcción jurisprudencial fue duramente criticada por la doctrina, pero sin llegar a dar soluciones claras a los temas controvertidos¹⁰⁴.

¹⁰² Un análisis de los riesgos derivados de la existencia de normas tan generales en el ámbito del derecho de familia puede verse en BOSCH, "Ehe und Familie in der Rechtsordnung—insbesondere ein Beitrag zum Thema 'Gesetz und Richter'", en *FamRz*, 1966, págs. 57 y ss., especialmente págs. 65-71.

¹⁰³ SANDROCK, "Le régime matrimonial 'primaire'", cit., págs. 302 y 303.

¹⁰⁴ Las críticas más duras fueron las vertidas por MÜLLER-FREINFELS, "Die Gesellschaft zwischen Ehegatten", en *Festschrift für Maridakis*, II, Athen, 1963, págs. 357 y ss., citado por DIEDERICHSEN, "Familienrecht", cit., pág. 1100.

4.- Las presunciones de propiedad

El nuevo art. 1362 BGB sigue manteniendo las dos presunciones de propiedad que contenía bajo la legislación anterior. Pero lo hace sin distinguir entre marido y mujer, y aplicando ambas presunciones a cada uno de los cónyuges.

Así pues, el nuevo art. 1362 BGB equipara, en el terreno de la presunción muciana civil, a la mujer con el marido e, indirectamente, a sus respectivos acreedores¹⁰⁵. Ahora se presume en beneficio de los acreedores de cualquiera de los esposos que las cosas muebles que se encuentran en poder de uno de ellos o de ambos pertenecen al deudor. La "novedad" del precepto radica en que la presunción no rige si los cónyuges viven separados y las cosas se encuentran en posesión del esposo no deudor; lo que lleva a la doctrina a la consideración de que la presunción encuentra su fundamento en la comunidad de vida y en la confusión de bienes que la misma produce¹⁰⁶.

Al mismo tiempo el párrafo II del art. 1362 BGB dispone que las cosas de uso exclusivo de un cónyuge se presumen de su propiedad.

Las cuestiones relativas a la prueba de la propiedad se mantienen en los mismos términos que bajo la vigencia del antiguo art. 1362 BGB¹⁰⁷.

La nueva versión del art. 1362 BGB ha dado lugar a posiciones doctrinales encontradas. Para unos supuso el establecimiento, loable, de un medio eficaz de protección de los terceros que contraten con los esposos¹⁰⁸. Para otros, por el contrario, supuso el establecimiento de una norma antifamiliar que sólo tiene en cuenta el interés de los acreedores, sin preocuparse de las dificultades que tendrá el cónyuge propietario

¹⁰⁵ Sobre la presunción muciana concursal véase infra capítulo V, apdo. II, 4.2.

¹⁰⁶ LABRUSSE-RIOU, *L'égalité des époux en droit allemand*, cit., pág. 187.

¹⁰⁷ Véase supra apdo A) I.

¹⁰⁸ LABRUSSE-RIOU, *L'égalité des époux...*, cit., pág. 190.

para enervar la presunción¹⁰⁹.

II.- LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

La regulación de las capitulaciones matrimoniales se mantiene exactamente en los mismos términos que en la etapa anterior. La única modificación, si es que puede considerarse como tal, es la variación operada en la numeración de los preceptos reguladores: el contenido de los antiguos arts. 1432 a 1435 BGB se encuentra actualmente en los arts. 1408 a 1412 BGB¹¹⁰.

En lo que a la publicidad de los pactos capitulares se refiere, al no haberse producido ni siquiera una variación en la numeración de los preceptos, las normas reguladoras siguen siéndolo los arts. 1558 a 1563 BGB.

III.- EL REGIMEN LEGAL: LA PARTICIPACION EN LAS GANANCIAS

1.- Ideas generales

Como ya vimos al examinar el Derecho francés¹¹¹, el régimen de la participación en las ganancias (*Zugewinnsgemeinschaft*)¹¹² se caracteriza por ser un

¹⁰⁹ Véase, por todos, SANDROCK, "Le régime matrimonial 'primaire'", cit., pág. 306.

¹¹⁰ Una buena síntesis, acomodada a la nueva numeración, puede verse en DÖLLE, "Allemagne", en *RIDC*, 1965, pags. 607 y ss., pág. 608.

¹¹¹ Véase supra capítulo I, apdo. B) V, 3.1. y especialmente nota 239.

¹¹² La traducción literal del término alemán, que sería "comunidad de ganancias" (duramente criticada por BEITZKE, "La loi allemande sur l'égalité de l'homme et la femme", en *RIDC*, 1958, págs. 39 y ss., pág. 47, para quien sería más correcto hablar de separación de bienes con compensación de ganancias -*Gütertrennung mit Zugewinnausgleich*-), ha dado lugar a numerosas variantes: comunidad de adquisiciones, comunidad de beneficios, participación en las adquisiciones, compensación o reparto de beneficios (véanse FERNANDZ CABALEIRO, *El régimen económico matrimonial legal en Europa*, Madrid, 1969, pág. 86, y LABRUSSE-RIOU, *L'égalité des époux...*, cit., pág. 216).

Apelando una vez más al criterio unificador, hemos optado por la denominación "participación en las ganancias" por corresponderse en lo fundamental con el régimen francés del mismo nombre y con el nuevo régimen convencional que se contiene en los arts. 1411 a 1434 del Código civil español.

sistema intermedio entre la separación de bienes, de la que toma el principio de la separación de patrimonios, y los regímenes comunitarios, de los que toma el principio del reparto de beneficios a la disolución del régimen matrimonial. Su originalidad radica en las limitaciones impuestas a los cónyuges mientras dura el régimen, en la ausencia de una masa común divisible a la disolución y en la no existencia de bienes especialmente afectos al mantenimiento de la familia.

El legislador alemán optó por el modelo de la participación en valor, en la que los intereses de cada esposo quedan asegurados por el nacimiento de un derecho de crédito a favor de cada uno y frente al otro¹¹³.

2.- Funcionamiento del régimen: Aplicación del principio separatista

Según el art. 1363 BGB "los esposos se someten al régimen de participación en las ganancias si no estipulan otra cosa en las capitulaciones matrimoniales; los patrimonios de los cónyuges permanecen separados, la regla se aplica, igualmente, a las adquisiciones que se realicen durante el matrimonio".

La instauración de un régimen simple que evite las dificultades que provoca la creación de numerosos patrimonios entre dos personas¹¹⁴ no impide, sin embargo, que los esposos puedan adquirir en común algún bien en régimen de indivisión ordinaria¹¹⁵.

La separación patrimonial lleva aparejada la separación de deudas. Sin embargo, y al margen de las restricciones que puedan derivarse de la aplicación de las normas del régimen primario, ambas "separaciones" sufren excepciones. La independencia patrimonial cede ante el art.1370 BGB, en virtud del cual los objetos integrantes del menaje del hogar adquiridos por subrogación siguen siendo propiedad del esposo propietario, con independencia de quién haya pagado el precio; si bien el

¹¹³ Sobre la participación in natura véase supra capítulo I, apdo. B) V, 3.1.

¹¹⁴ BEITZKE, "La loi allemande sur l'égalité...", cit., pág. 47.

¹¹⁵ LABRUSSE-RIOU, *L'égalité des époux...*, cit., pág. 217.

adquirente no propietario tendrá un crédito frente a su consorte por el valor de la adquisición a la disolución del régimen. La separación de deudas, por su parte, se ve alterada por la disposición del art. 1357 BGB, del cual se deriva que de las deudas contraídas en el ámbito de la potestad doméstica responden ambos cónyuges solidariamente¹¹⁶, y por las presunciones muciana civil y muciana concursal de los arts. 1362 BGB y 45 KO, hasta la declaración de inconstitucionalidad en 1968 de ésta última.

El principio de la separación patrimonial (activa y pasiva) contrasta con la realidad del tráfico, pues los terceros que contratan con una persona casada solicitan que ambos esposos respondan solidariamente, provocando así una distorsión en la esencia del régimen de participación¹¹⁷.

La separación de patrimonios conlleva la gestión autónoma de sus bienes por cada cónyuge (art. 1364 BGB). En consecuencia, cada esposo tiene la administración, el disfrute y la libre disposición de sus bienes. Pero ello no supone que un cónyuge no pueda otorgar mandato al otro para que administre sus bienes; supuesto expresamente contemplado por el art. 1359 BGB.

3.- Restricciones derivadas del propio régimen

A diferencia de lo que sucede en un régimen puro de separación de bienes, la libertad de gestión no es absoluta en la participación en las ganancias. El legislador alemán ha impuesto importantes limitaciones a la libertad de disposición de ciertos bienes en aras del interés de la familia. Así, los arts. 1365 y 1369 restringen la disposición de la totalidad del patrimonio de un cónyuge, y la disposición del menaje familiar¹¹⁸. A ello hay que añadir la posibilidad ofrecida a cada cónyuge de pedir la

¹¹⁶ DIEDERICHSEN, "Familienrecht", cit., pág. 1338. Una construcción descartando la responsabilidad mancomunada puede verse en LEON ARCE, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto...*, cit., págs. 106-107.

¹¹⁷ BERNSTORFF, "République Fédérale d'Allemagne", en *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, PATARIN et ZATJAY (Ed.), Paris, 1974, págs. 74 y ss., págs. 79-80.

¹¹⁸ Una clasificación más amplia, incluyendo los efectos derivados de la aplicación

liquidación anticipada de las ganancias cuando la actuación del otro ponga en peligro su futuro crédito de participación, sustituyéndose el régimen legal por el de la separación de bienes (arts. 1385 a 1389 BGB).

Las disposiciones de los arts. 1365 y 1369, como veremos a continuación, han dado lugar a controversias doctrinales y a una abundante jurisprudencia.

3.1.- La prohibición de disponer sin consentimiento de la totalidad del patrimonio

El art. 1365-I BGB establece que cada cónyuge sólo puede obligarse a disponer del conjunto de su patrimonio si cuenta con el consentimiento o con la ratificación posterior de su consorte. Por tanto, el cónyuge puede otorgar su consentimiento en el momento de contraerse la obligación o en el de ejecutarse la misma.

Al estar admitida en Derecho alemán la disposición de un patrimonio en su totalidad por actos inter vivos, y al dividirse el acto de disposición en dos operaciones, obligación y ejecución, resulta, según tiene admitido la jurisprudencia, que si un cónyuge se obligó a disponer de la totalidad de su patrimonio con anterioridad al matrimonio y no ejecuta la obligación hasta después, no precisa el consentimiento de su consorte¹¹⁹.

El art. 1365-II BGB contempla el supuesto de negativa del consentimiento, estableciendo que si el negocio jurídico se acomoda a los principios de una ordenada administración, el Tribunal de familia puede, a instancias del cónyuge interesado, suplir la falta de consentimiento si la negativa es infundada o si el cónyuge está

de las normas del régimen primario, puede verse en BERNSTORFF, "République Fédérale d'Allemagne", cit., págs. 74 a 79, seguido por LEON ARCE, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto...*, cit., pág. 99, quien, sin embargo, más adelante reconoce la distinción que debe hacerse entre restricciones derivadas del régimen matrimonial primario y restricciones derivadas del propio régimen (*ob. cit.*, pág. 105).

¹¹⁹ LABRUSSE-RIOU, *L'égalité des époux...*, cit., pág. 219, texto y nota 28.

imposibilitado para emitir una declaración de voluntad al respecto por causa de enfermedad o ausencia y si la demora entraña un riesgo. La validez de la autorización judicial queda supeditada a que el cónyuge disponente lo comunique a los terceros en un plazo de 15 días (arts. 1366–III BGB).

La sanción de la actuación sin consentimiento está recogida en los arts. 1366 y 1367 BGB, que establecen que los contratos y los negocios jurídicos unilaterales que un cónyuge lleve a cabo sin el consentimiento del otro son ineficaces, si bien tratándose de contratos cabe una situación de pendencia hasta la posterior ratificación.

A continuación el art. 1368 BGB establece los derechos del cónyuge no disponente frente a terceros. Estos derechos se concretan en poder hacer valer judicialmente los derechos resultantes de la ineficacia de los actos de disposición realizados por su consorte sin recabar su consentimiento.

La aplicación práctica de la norma ha puesto de manifiesto que la deseada protección de la familia pone en peligro el equilibrio necesario de los intereses en juego: la seguridad del tráfico y la protección de la familia¹²⁰. Este desequilibrio ha dado lugar a numerosas discusiones judiciales en torno a dos cuestiones: qué se entiende por disposición del conjunto patrimonial y cómo se articula la protección de los terceros de buena fe.

3.1.1.– Disposición del conjunto patrimonial

La noción de acto de disposición en el sentido del art. 1365 BGB comprende la enajenación del conjunto patrimonial, su disposición a título gratuito y la constitución de derechos reales en beneficio de terceros.

El problema más debatido por la jurisprudencia ha sido el de si el hecho de gravar con una garantía inmobiliaria un bien –conformador de la totalidad del patrimonio– constituye un acto de disposición de los del art. 1365. Las soluciones

¹²⁰ Véase, por todos, BERNSTORFF, "République Fédérale d'Allemagne", cit., pág. 75.

jurisprudenciales han ido de la afirmativa a la negativa, dominando, no obstante, la tendencia a aplicar el precepto sólo en los casos en que la constitución de la garantía "socave los fundamentos económicos de la familia"¹²¹, habiéndose llegado, como regla general, a no exigir el consentimiento para la constitución de hipoteca sobre un solo inmueble¹²².

Otro tema debatido, esta vez por la doctrina, es el relativo a la aportación en sociedad de un inmueble. Alegando las continuas interferencias entre el Derecho de familia y el Derecho Mercantil, un amplio sector doctrinal preconiza la no aplicabilidad del art.1365 BGB con la finalidad de evitar que el Derecho mercantil, especialmente en materia de sociedades, tenga que pasar continuamente por el tamiz del Derecho de familia¹²³.

Esta posición doctrinal ha tenido más que su eco su refrendo en la realidad. De una parte, para evitar las dificultades que pueden surgir, los esposos tienden a recabar el consentimiento¹²⁴, incluso si éste no parece necesario¹²⁵. Y de otra, los cónyuges que invierten su patrimonio en una actividad empresarial optan directamente por desembarazarse del obstáculo que constituye el art. 1365 BGB, y lo hacen mediante la inclusión de un pacto liberatorio en las capitulaciones matrimoniales, es decir, acuerdan que no será necesario el consentimiento del no disponente¹²⁶.

En cuanto a la noción de conjunto patrimonial, la jurisprudencia se ha inclinado por una interpretación extensiva, de tal manera que conjunto patrimonial no es sólo el total del activo existente en el patrimonio del disponente, sino también cualquier bien

¹²¹ LABRUSSE-RIOU, *L'égalité des époux...*, cit., pág. 220.

¹²² BOSCH, "Le régime légal de la participation aux acquêts", en *Travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin*, cit., págs. 277 y ss., pág. 285.

¹²³ Véase, por todos, RITTNER, "Handelsrecht und Zugewinnsgemeinschaft. Die Bedeutung des Art. 1365 BGB im Handelsrecht", en *FamRZ*, 1961, págs. 1 y ss., *passim*.

¹²⁴ Véase, por todos, BEITZKE, "La loi allemande sur l'égalité...", cit., pág. 47.

¹²⁵ BOSCH, "Le régime légal...", cit., pág. 285.

¹²⁶ BERNSTORFFER, "République Fédérale d'Allemagne", cit., pág. 77.

concreto que sea **elemento esencial** de la masa patrimonial del mismo. Así pues, se trata de realizar una apreciación desde un punto de vista económico que permita dilucidar cuál es la fuente principal para el mantenimiento de la familia¹²⁷.

3.1.2.- Protección de los terceros de buena fe

Respecto a los terceros de buena fe que contratan con un esposo sin consentimiento del otro o ratificación posterior, la ley no establece ninguna protección. No sólo no se les concede acción de ejecución alguna sino que además, como ya hemos visto, el cónyuge que no haya prestado su consentimiento puede hacer valer judicialmente contra ellos los derechos derivados de la ineficacia del acto (art. 1368 BGB).

La ley se limita a concederles las dos siguientes facultades: posibilidad de revocar el acto si desconocía que su contratante estaba casado (art. 1366-II BGB); requerir al cónyuge para que ratifique la disposición en un plazo de 14 días, transcurrido el cual se estima rehusada (art. 1366-III BGB).

Esta indefensión de los terceros de buena fe ha llevado a los Tribunales a elaborar un sistema de protección para los mismos. Y lo han construido sobre la base de considerar válidos los actos de disposición realizados por un esposo sin consentimiento del otro sobre la totalidad o una fracción de su patrimonio cuando el tercero, que no puede prevalerse de la ignorancia de que su contratante estaba casado, invoque su desconocimiento de que tales bienes representan la totalidad o lo esencial de su patrimonio¹²⁸.

3.2.- La prohibición de disponer sin consentimiento del menaje familiar

El art. 1369-I BGB establece que cada cónyuge sólo puede disponer de los objetos del menaje que le pertenezcan u obligarse a disponer de ellos, si media el consentimiento del otro. Consentimiento que puede ser suplido por el Tribunal de

¹²⁷ LABRUSSE-RIOU, *L'égalité des époux...*, cit., pág. 221.

¹²⁸ BERNSTORFF, "République Fédérale d'Allemagne", cit., pág. 76.

familia en caso de negativa infundada o de imposibilidad de emitir una declaración de voluntad (art.1369-II BGB).

Para determinar a quién corresponde la propiedad de los objetos integrantes del menaje se aplica, como ya hemos visto, el principio de la subrogación real.

El art. 1369 BGB contiene una norma claramente encaminada a proteger los bienes necesarios para la vida cotidiana de la familia¹²⁹. Pero es evidente que ello tiene como contrapartida una deficiente protección de los terceros, quienes pueden desconocer la afectación de un bien a las necesidades del hogar, careciendo además de la protección que puede brindar el Registro de la Propiedad, pues se trata de bienes no inscribibles. La falta de protección que entraña el precepto ha provocado duras críticas que no se han visto atenuadas por la labor de los Tribunales¹³⁰.

En cuanto a la sanción de los actos de disposición realizados por un cónyuge sin consentimiento del otro, el art. 1369-II BGB dispone la aplicación analógica de las normas ya vistas de los arts. 1366 a 1368 BGB.

4.- La extinción del régimen y el crédito de participación

La participación en las ganancias se extingue por fallecimiento de uno de los cónyuges, divorcio, separación judicial, nulidad matrimonial, liquidación anticipada de las ganancias y por el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales.

La originalidad o particularidad del sistema alemán radica en el establecimiento de dos fórmulas para la nivelación y reparto de las ganancias atendiendo a que la extinción del régimen se haya producido por fallecimiento o por causas distintas.

¹²⁹ La colocación sistemática del art. 1369 en sede de participación ha sido criticada por la doctrina, poniendo de manifiesto que el hogar debe ser protegido siempre y con independencia del régimen económico concreto. En consecuencia, la norma del 1369 debería haber sido redactada como regla general, válida para todos los regímenes matrimoniales, integrada en los preceptos del régimen matrimonial primario (SANDROCK, "Le régime matrimonial 'primaire'", cit., pág. 304).

¹³⁰ Véase LABRUSSE-RIOU, *L'égalité des époux...*, cit., pág. 223.

El fundamento de esta duplicidad de soluciones está en el deseo del legislador de simplificar al máximo la técnica del reparto¹³¹, lo que, como veremos, no ha dejado de suscitar críticas.

4.1.- Extinción por fallecimiento de un cónyuge

En el caso de extinción por fallecimiento de uno de los cónyuges, la compensación de las ganancias es sustituida, por ministerio de la ley, por un incremento de la cuota sucesoria del sobreviviente en una cuarta parte de la herencia del causante, sin tener en cuenta para nada si hubo o no ganancias, o si las del supérstite eran superiores o no a las del difunto.

El art. 1371 BGB, regulador de la disolución por muerte de un cónyuge, ha sido calificado de "pieza esencial" del vigente régimen legal¹³², al tiempo que ha provocado fuertes críticas. Se le ha reprochado al legislador alemán el haber desnaturalizado completamente la finalidad perseguida con la instauración de este nuevo régimen legal: la participación de cada esposo en el incremento patrimonial obtenido por el otro¹³³.

Este precepto, el más singular, problemático y complicado de toda la regulación de la participación en las ganancias¹³⁴, tiene su fundamento en el deseo del legislador de evitar los posibles conflictos que puedan surgir entre el supérstite y los herederos del difunto y de asegurar de forma preponderante el mantenimiento y la subsistencia del cónyuge sobreviviente¹³⁵.

La atribución de la cuarta parte no se hace a título sucesorio, sino a título

¹³¹ Véase, por todos, BEITZKE, "La loi allemande sur l'égalité...", cit., pág.50.

¹³² Véase MELON INFANTE, "El Derecho de familia...", cit., pág.99.

¹³³ Véase, por todos, BEITZKE, "La loi allemande sur l'égalité...", cit., pág.50.

¹³⁴ Así, LEON ARCE, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto...*, cit., pág. 110.

¹³⁵ LABRUSSE-RIOU, *L'égalité des époux...*, cit.,pág. 228.

matrimonial. Sin embargo, la preeminencia del carácter sucesorio de la norma es clara. Por ello nos limitaremos a transcribir el precepto y exponer someramente una de las cuestiones que plantea el mismo¹³⁶.

El art. 1371 BGB encierra cuatro apartados, cuyo contenido es el siguiente:

I.- Si el régimen económico finaliza por fallecimiento de uno de los cónyuges, las ganancias se reparten mediante la atribución al supérstite de una cuarta parte de la herencia, además de su cuota legal; es irrelevante el que, en el caso concreto, los cónyuges hayan obtenido o no ganancias.

II.- Si el supérstite no es heredero ni legatario, podrá exigir la compensación según las disposiciones de los arts. 1373 a 1383 y 1390; el montante de la reserva del supérstite o de cualquier otro heredero reservatario se determina, en este caso, en función del montante no incrementado de la cuota legitimaria del cónyuge.

III.- Si el cónyuge viudo renuncia a la herencia, puede exigir, además de su participación en las ganancias, la legítima, incluso si no tiene tal derecho según las normas del derecho sucesorio; esta disposición no es aplicable si ha renunciado a sus derechos hereditarios por contrato con su cónyuge.

IV.- Si el cónyuge fallecido deja descendientes con derecho a herencia, pero no procedentes del matrimonio que ha terminado con su muerte, el viudo queda obligado a procurarles los medios necesarios para una formación conveniente en tanto tengan necesidad y en la medida en que tengan necesidad, con cargo a la cuarta parte suplementaria concedida por el párrafo I.

La elevación de la herencia del supérstite a una cuarta parte de la sucesión del causante coloca a aquél, en relación con los demás herederos, en una situación privilegiada que fácilmente puede conducir a que el patrimonio del premuerto pase a otra rama familiar que no sea la suya. En consecuencia, si los cónyuges no han hecho testamento a su debido tiempo, es muy probable que una empresa explotada por el difunto pase a manos extrañas, teniendo como intermediario al cónyuge supérstite, llegándose así a resultados inesperados e injustos. Esto ha llevado a la doctrina a decir que el art. 1371 es el "talón de Aquiles" de la reforma y que no es un modelo digno

¹³⁶ Un examen detallado del art. 1371 BGB supondría un extenso análisis del Derecho sucesorio alemán, lo que, evidentemente, excede con mucho el propósito de nuestro trabajo.

Una exégesis relativamente pormenorizada puede verse en MELON INFANTE, "El Derecho de familia...", cit., págs. 99-105, así como en el comentario al art. 1371 que realiza LAUTERBACH, "Familienrecht", en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München-Berlin, 1966, págs. 1126-1129.

de ser imitado¹³⁷.

4.2.– Extinción por divorcio u otras causas análogas

Si el régimen se extingue por causa distinta a la muerte de uno de los cónyuges, entran en juego las normas de inspiración comunitaria, debiendo procederse a la determinación y liquidación de las ganancias según las normas de los arts. 1372 a 1390 BGB.

La determinación de las ganancias se contrae a una operación puramente contable de calcular los beneficios obtenidos por cada cónyuge, mediante la comparación, previa determinación, de los patrimonios iniciales y finales de los cónyuges.

4.2.1– Composición y determinación de los patrimonios inicial y final

El patrimonio **inicial** se compone del activo perteneciente a cada cónyuge, una vez descontadas las deudas, al tiempo de la celebración del matrimonio, así como de los bienes que adquirieran en el transcurso del régimen por herencia, donación o dote, previa deducción de las deudas, siempre que las circunstancias no permitan considerarlo como renta (art. 1374 BGB).

La determinación del patrimonio inicial, que nunca podrá ser negativo, y si lo es, se computará como inexistente (art. 1374-I BGB), plantea la necesaria elaboración de un detallado inventario de los bienes aportados por cada esposo. La ley confiere a este inventario un importante valor probatorio, presumiéndose exacto su contenido (art. 1377-I BGB), y en cuyo defecto se presume que el patrimonio inicial era nulo (art. 1377-III BGB), lo que llevaría a los cónyuges a someterse, sin desearlo, a una comunidad universal de bienes¹³⁸.

El patrimonio **final** se compone de todos los bienes de que sea titular cada

¹³⁷ Véase, por todos, BOSCH, "Le régime legal...", cit., pág. 294.

¹³⁸ LABRUSSE-RIOU, *L'égalité des époux...*, cit., pág. 225.

cónyuge a la terminación del régimen, deducidas las deudas (art. 1375-I BGB).

Al igual que en el caso del patrimonio inicial es precisa la redacción de un inventario detallado, quedando obligados ambos cónyuges a informarse recíprocamente del estado de su patrimonio. Y, si un cónyuge no está satisfecho con el inventario realizado por el otro, puede solicitar la redacción de un inventario auténtico por un experto (art. 1379 BGB).

El cálculo del patrimonio final puede complicarse por la aplicación de la norma protectora contenida en el art. 1375-II BGB, a cuyo tenor se deben contabilizar en el patrimonio final las disposiciones a título gratuito realizadas por un cónyuge, sin consentimiento del otro, si las mismas se han realizado sin que existiera una razón moral para ello, sea una manera de dilapidar su fortuna o exista una intención manifiesta de perjudicar al otro cónyuge, y siempre que tales actos se hayan realizado en los 10 años anteriores a la terminación del régimen (art. 1375-III BGB).

4.2.2.- Evaluación de los patrimonios y compensación de las ganancias

Cuando el régimen de participación se extingue por causa distinta a la muerte de uno de los esposos es cuando existe una efectiva nivelación de las ganancias, como solución propia del Derecho de bienes.

Una vez determinados los patrimonios hay que proceder a su evaluación, es decir, al cálculo y fijación de los beneficios obtenidos.

La estimación de los bienes del patrimonio inicial se efectúa atendiendo al valor que tenían al comienzo del régimen, y el de las donaciones y herencias, si las hubiera, en el día de su adquisición (art. 1376-I BGB).

La estimación del patrimonio final se hace según el valor de los bienes al día de la extinción, salvo en los casos de divorcio, nulidad y liquidación anticipada, en los que se tiene en cuenta la fecha de la presentación de la demanda (arts. 1376-II y 1384 BGB).

Las disminuciones del patrimonio realizadas en fraude de los derechos del otro cónyuge se estiman según el valor que tenían al tiempo de la disposición (art. 1375-I y II en relación con el art. 1380-II BGB).

La evaluación se realiza según la moneda de curso legal en el momento del inicio y la disolución del régimen. Pero no habiéndose previsto las consecuencias de las fluctuaciones monetarias, la doctrina se muestra partidaria de la aplicación del art. 242 BGB: "El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico"¹³⁹.

El nacimiento del crédito de participación corresponde de forma paralela al final del régimen matrimonial, haciéndose transmisible en dicho momento (art. 1378-III BGB). El crédito es inmediatamente exigible desde el momento de su nacimiento y tiene un plazo de prescripción de tres años (art. 1383 BGB). La ganancia se determina por la diferencia entre el patrimonio inicial y final de cada cónyuge, concretándose en el exceso de ganancia del uno sobre el otro y correspondiendo al cónyuge que haya obtenido una ganancia menor.

Las donaciones realizadas por un cónyuge al otro disminuyen el crédito de participación si sobrepasan en su valor a los regalos usuales entre esposos (art. 1380-I BGB). El valor de la donación se añade a la ganancia del donante y se resta posteriormente del crédito de participación del donatario (art. 1380-II BGB).

En los casos en que el pago inmediato coloque al deudor en una situación problemática, aquél puede ser diferido mediante decisión judicial (art. 1382 BGB). El pago ha de ser siempre en dinero, y aunque el deudor no puede hacer el pago en especie, el acreedor sí puede solicitar ante el juez que se le atribuyan determinados bienes (art. 1383 BGB). En todo caso, el deudor del crédito de participación se encuentra protegido por la disposición del art. 1381 BGB: "El deudor puede negarse al pago del crédito cuando la compensación sea profundamente inicua a la vista de las circunstancias. Esta iniquidad se produce especialmente cuando el esposo acreedor no

¹³⁹ Véase LEON ARCE, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto...*, cit., págs. 125-126.

ha satisfecho durante largo tiempo las obligaciones económicas de la vida conyugal".

La cuantía del crédito de participación está limitada por el montante del patrimonio del deudor tras descontar las deudas (art. 1378-II BGB). Así pues, si el importe del crédito es superior al valor del patrimonio remanente, el crédito quedará limitado al valor de dicho patrimonio, sin perjuicio de los derechos que puedan corresponder al acreedor frente a terceros, a tenor del art. 1390-I BGB¹⁴⁰.

Toda esta regulación puede verse alterada por la voluntad de los cónyuges. Ateniéndose a los límites del respeto a las leyes y a las buenas costumbres, y puesto que se trata de la regulación de sus relaciones patrimoniales¹⁴¹, los cónyuges pueden someter la regulación del crédito de participación a todas las modificaciones que desee, con la única excepción de no poder renunciar ambos a toda participación en las ganancias, sin que ello suponga el sometimiento al régimen de separación de bienes.

IV.- LOS REGIMENES CONVENCIONALES

La ley de equiparación efectuó una reducción importante en el número de regímenes convencionales, quedando éstos reducidos a dos. Por una parte, el de **separación de bienes**, que no ha precisado ninguna reforma por ser ya un régimen conforme al principio de igualdad y al que actualmente el BGB sólo dedica el art. 1414, en el que se establece que si los cónyuges excluyen el régimen legal o si lo suprimen se someterán a la separación de bienes en caso de que no se deduzca otra cosa de las capitulaciones matrimoniales. Y por otra, el de **comunidad universal de bienes**, que ha sido modificado en el punto relativo a la gestión de los bienes comunes, único tema del que nos vamos a ocupar, permanenciando inalteradas las reglas relativas a la conformación de las masas y la disolución del régimen.

¹⁴⁰ "Cuando un cónyuge carezca, conforme al art. 1378-II, del derecho a pedir la compensación porque su cónyuge ha realizado, con intención de perjudicarlo, donaciones a un tercero, este último está obligado a restituir al esposo lo adquirido, de acuerdo con las disposiciones del enriquecimiento injusto. El tercero puede evitar la restitución procediendo al pago del importe restante".

¹⁴¹ Véase supra apdo. A) II.1.

Como hemos indicado, la ley de equiparación ha introducido modificaciones en el ámbito de la administración de los bienes comunes. Y lo ha hecho estableciendo un sistema de cogestión, al tiempo que admite la posibilidad de la administración unipersonal o unilateral. Según los arts. 1421 y 1412 BGB el patrimonio común puede ser administrado por uno o por ambos cónyuges, de acuerdo con lo estipulado en sus pactos capitulares; si no se ha establecido nada al respecto tendrá lugar la administración conjunta; y si la designación de un solo administrador no ha sido inscrita en el Registro de bienes del matrimonio, a efectos de proteger a los terceros y para favorecer la publicidad de los pactos capitulares, se presumirá que los esposos son coadministradores.

El art. 1412 BGB dispone que el esposo que administre los bienes lo hará libremente y en su nombre, pero con una serie de limitaciones. El otro cónyuge deberá participar en todos los actos de importancia; deberá comunicar a su consorte el estado del patrimonio común cada vez que lo solicite y no podrá, sin el consentimiento o ratificación de su consorte, disponer del conjunto del patrimonio común, de los inmuebles comunes, de los muebles de importancia, ni hacer donación de un bien común, salvo en cumplimiento de un deber moral (arts. 1423, 1424 y 1425 BGB).

Los actos de disposición sin consentimiento del otro cónyuge se sancionan de igual manera que en el régimen legal¹⁴². Por otra parte, si el administrador se encuentra imposibilitado el otro cónyuge puede reemplazarle sin necesidad de autorización judicial (art. 1429 BGB). Por último, el administrador es personalmente responsable de la mala administración, no comprometiendo al otro cónyuge con sus actos (art. 1422 BGB).

La administración conjunta es la regla general, y parte del principio de la actuación de consuno de ambos esposos. En consecuencia, se le impone a cada uno de ellos el deber de colaboración con el otro cuando lo requiera la ordenada administración del patrimonio (arts. 1450 a 1454 BGB), indicándose además los negocios que cada uno puede realizar por sí (art. 1455 BGB) y contemplando la hipótesis de ejercicio de un negocio independiente por cada esposo (art. 1456 BGB).

¹⁴² Véase supra apdo. III, 3.1.

La falta de consentimiento se puede suplir por la autorización judicial, siendo la sanción por actuación sin consentimiento la misma que en el caso de administración individual (art. 1453 BGB). Cada uno puede, en su nombre o en el de ambos, realizar actos de gestión cuando el otro se encuentre imposibilitado (art. 1454 BGB). Finalmente, el patrimonio común sólo responde de las deudas cuando el acto se ha realizado con el consentimiento de ambos o con el del que válidamente pueda comprometerlo, reconociéndose a los acreedores el derecho a hacer efectivo su crédito sobre los bienes comunes (art. 1459 BGB).

CAPITULO TERCERO

ORDENAMIENTO ITALIANO

A) Los Códigos civiles de 1865 y 1942	213
I. Introducción	213
II. El régimen matrimonial primario	213
III. Las capitulaciones matrimoniales	215
1. Contenido, extensión y límites	215
2. Forma	217
3. Publicidad	217
4. Inmutabilidad	218
IV. El régimen legal: La separación de bienes	220
1. Consideraciones generales	220
2. La gestión de los bienes	221
2.1. Administración por mandato con obligación de rendir cuentas	221
2.2. Administración por mandato sin obligación de rendir cuentas	222
2.3. Administración sin mandato pero sin oposición por escrito del otro cónyuge	224
2.4. Administración sin mandato pero con oposición por escrito del otro cónyuge	224
3. La autorización marital	225
3.1. Fundamento y condiciones de otorgamiento	225
3.2. Actos sometidos a la autorización	226
3.3. Sustitución de la autorización marital por la judicial	227
3.4. Casos en los que no es necesaria la autorización, ni marital ni judicial. Especial referencia al ejercicio del comercio	228
V. Los regímenes convencionales	229
1. Régimen dotal	229
1.1. Consideraciones generales	229
1.2. Concepto de dote	230
1.3. Objeto de la dote	231
1.4. Constitución de dote	233
1.4.1. Forma expresa	233

	210
1.4.2. Constitución real u obligatoria	234
1.4.3. Tiempo	234
1.4.4. Garantías por evicción	235
1.5. Administración y disfrute de la dote	236
1.5.1. Derechos del marido	236
1.5.2. Obligaciones del marido	239
1.5.3. Transferencia a la mujer	240
1.6. Vinculación de los bienes dotales	241
1.6.1. Inalienabilidad	241
1.6.2. Inexpropiabilidad	243
1.6.3. Imprescriptibilidad: su abolición	244
1.7. Cambio del objeto	245
1.8. Garantías de la dote	246
1.8.1. La hipoteca legal	246
1.8.2. La separación de la dote	247
1.8.2.1. Cuestiones generales	247
1.8.2.2. Causas	249
1.8.2.3. Derechos de los acreedores del marido	249
1.8.2.4. Efectos	250
1.9. Restitución de la dote	251
1.9.1. Cuestiones generales	251
1.9.2. De la dote en especie	252
1.9.3. De la dote de cantidad	253
2. Régimen de sociedad de gananciales	254
2.1. Origen y caracterización	254
2.2. Las masas patrimoniales	255
2.3. La gestión de los bienes	256
2.3.1. Facultades del marido	256
2.3.2. Transferencia a la mujer	257
2.4. Deudas de la comunidad	258
2.5. Deudas privativas	258
2.6. Liquidación de las deudas y protección de los acreedores	259
2.7. La disolución del régimen	260

	211
3. El patrimonio familiar	262
3.1. Concepto y constitución	262
3.1.1. Tiempo, forma y persona del constituyente	262
3.1.2. Objeto y publicidad	263
3.2. Administración	264
3.3. Inalienabilidad e inexpropiabilidad	265
3.4. Cesación del vínculo	266
B) La reforma legislativa de 1975	267
I. Introducción	267
II. El régimen matrimonial primario	268
1. Importancia, caracteres y objeto	268
2. La contribución a los gastos de la familia	269
3. Eficacia externa de la obligación de contribución	271
III. Las capitulaciones matrimoniales	272
IV. El régimen legal: La sociedad de bienes gananciales	274
1. Justificación	274
2. Las masas patrimoniales	275
2.1. Estudio en particular de la "azienda"	277
3. La gestión de los bienes	280
3.1. Cuestiones generales	280
3.2. La administración conjunta	281
3.3. Exclusión de uno de los cónyuges	283
3.4. Facultades sobre los bienes privativos	284
4. Deudas de la comunidad	284
5. Deudas privativas	286
6. La disolución del régimen	289
6.1. Examen particular de la disolución por quiebra	294
V. Los regímenes convencionales	296
1. Régimen de separación de bienes	296
2. Régimen de comunidad convencional	297
2.1. Cuestiones generales	297
2.2. Deudas comunes y privativas	298
3. El fondo patrimonial	299
3.1. Analogías y diferencias con el patrimonio familiar	299

3.2.- Incidencia de la declaración de quiebra	300
VI. La empresa familiar	302
1. Concepto	302
2. Constitución y naturaleza	303
3. Obligaciones de los partícipes	304
4. Gestión y responsabilidad	305
5. El derecho de prelación	307
5.1. En la transferencia de la "azienda"	307
5.2. En la división hereditaria	308
6. Disolución	309

A) LOS CODIGOS CIVILES DE 1865 y 1942

I.- INTRODUCCION

No obstante los casi 80 años que separan a los Códigos de 1865 y 1942, no hay una discontinuidad de planteamientos entre ambos, sino más bien un perfeccionamiento técnico del primero por el segundo. Ello justifica, a nuestro juicio, el examen conjunto de la regulación del Derecho patrimonial de la familia que se contiene en dichos cuerpos legales.

El perfeccionamiento a que hemos aludido se manifiesta de dos formas. De una parte, depuración de preceptos del Código de 1865; de otra, introducción de disposiciones e instituciones, bien de absoluto nuevo cuño, bien en sustitución de otras ya contrastadas.

En ocasiones las reformas tienen un aspecto formal que destaca sobre su contenido material, pero sin que ello suponga una mutación radical. Y quizá esto es lo que pueda predicarse, en la materia que nos ocupa, del Código civil del 42. Aun cuando supuso variaciones de contenido, lo primero que salta a la vista es el traslado formal de las normas reguladoras de las relaciones patrimoniales de los cónyuges. De estar situadas en el Libro III, entre los contratos especiales, pasan a estarlo en el Libro I, dedicado a las personas.

II.- EL REGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO

El legislador italiano sólo regula, con carácter general, la contribución de los cónyuges a los gastos necesarios para el mantenimiento de la familia.

Partiendo de la idea de que el marido es el jefe de la familia (arts. 131 C.C. 1865 y 144 C.C. 1942), el legislador impone al marido el deber de suministrarle a la

mujer todo lo necesario según su nivel de vida; si bien, a continuación, impone a la mujer el deber de contribuir al mantenimiento del marido si éste no tiene medios suficientes (arts. 132 C.C. 1865 y 145 C.C. 1942).

Este mutuo deber de mantenimiento y el deber de cuidar de los hijos (arts. 138 C.C. 1865 y 148 C.C. 1942) constituyen el núcleo de las llamadas cargas del matrimonio.

La medida genérica de la contribución viene dada por los arts. 138 C.C. 1865 y 148 C.C. 1942: cada cónyuge contribuye en proporción a sus respectivos medios. Sin embargo, y ya en el marco de la normativa de cada régimen concreto, se produce una especificación de con qué medios debe contribuir la mujer. En caso de estar vigente el régimen dotal, aportará los frutos que produzca la dote (arts. 138 C.C. 1865 y 148 C.C. 1942)¹, y subsidiariamente sus bienes parafernales (arts. 1425 C.C. 1865 y 211 C.C. 1942); en el régimen de comunidad, debía aportar los frutos de todos sus bienes (art. 1435 C.C. 1865) y subsidiariamente los bienes en sí (arts. 1436 C.C. 1865).

Ahora bien, todas estas previsiones legales ceden ante los pactos que puedan establecer los cónyuges en sus capitulaciones matrimoniales².

Al margen de la normativa contenida en el Código civil, hay una norma presuntiva en favor de los acreedores del marido, que es aplicable cualquiera que sea el régimen matrimonial concreto.

El art. 621 Cod. proc. civ. establece que en caso de ejecución forzosa singular, los acreedores pueden prevalerse de la presunción de que todos los bienes muebles existentes en el domicilio conyugal le pertenecen en su calidad de jefe de la familia, sin que, según el art. 622 Cod. pro. civ., la mujer pueda oponerse al embargo.

¹ En contra de la limitación a los frutos y defendiendo la extensión de la contribución a la totalidad de la dote, DE PIRRO, "I rapporti patrimoniali fra coniugi", en *Riv. dir. civ.*, 1913, págs. 289 y ss., pág. 290.

² Véase, por todos, GANGI, *Il matrimonio*, Milano, 1953, pág. 327.

La norma del art. 622 Cod. proc. civ., declarada inconstitucional por violar el principio de igualdad al limitar el derecho de oposición de la mujer³, provocó numerosas controversias doctrinales en torno a su aplicabilidad o no en caso de quiebra, así como en torno a su posible bilateralización en beneficio de la mujer⁴.

III.- LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES⁵

1.- Contenido, extensión y límites

Tanto el Código de 1865 como el de 1942 inician la regulación de las relaciones patrimoniales de los cónyuges dejándoles plena libertad para establecer las normas por las que se han de regir las mismas. Así, los arts. 1378 C.C. 1865 y 159 C.C. 1942 disponen que las relaciones patrimoniales de los esposos entre sí se regulan por las convenciones de las partes y por lo dispuesto por la ley.

Los futuros esposos pueden establecer el régimen que prefieran, dándose ellos mismos las normas que estimen más idóneas para proteger el superior interés familiar, lo que limita el establecimiento de relaciones patrimoniales a las personas unidas por el vínculo del matrimonio⁶. Pero este régimen no puede ser uno creado arbitrariamente, sino que ha de ser elegido precisamente de entre los que la ley regula, pudiendo, no obstante, ser producto de la combinación de éstos, y dentro del régimen elegido, se consienten modificaciones al tipo legal.

El contenido de las capitulaciones puede ser muy diverso por virtud de la

³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre de 1967.

⁴ Sobre estas controversias y las soluciones a las que se llegaba puede verse la exposición de conjunto que hace SALANITRO, *Gli acquisti del coniuge del fallito*, Milano, 1969, págs. 160-169.

⁵ El equivalente italiano es "contratto di matrimonio", el cual se comprende en el concepto más amplio de "convenzione matrimoniale". Véase supra capítulo I, nota 3.

⁶ Así, TEDESCHI, *El régimen patrimonial de la familia*, trd. de SENTIS MELENDI y AYERRA REDIN, Buenos Aires, 1954, pág. 5. En contra, FUNAIOLI, "Sui rapporti patrimoniali della convivenza 'more uxorio'", en *Riv. dir. comm.*, 1941, II, págs. 212 y ss., pág. 214, quien considera jurídicamente permitidas las relaciones patrimoniales establecidas por personas que viven en una posición análoga a la de cónyuges.

libertad concedida a los cónyuges y de la intervención de los terceros que donan o hacen asignaciones a los futuros esposos con ocasión del matrimonio. Además, las capitulaciones pueden contener estipulaciones que no guarden relación íntima con el matrimonio, es decir, no se limitan a las meras relaciones patrimoniales de los cónyuges.

Ahora bien, esta libertad no es ilimitada, imponiéndose en consecuencia varias restricciones.

En primer lugar, y con carácter general, los pactos contenidos en las capitulaciones matrimoniales no pueden ir en contra de la ley, el orden público y las buenas costumbres (arts. 1379 C.C. 1865 y 31 disposiciones preliminares C.C. 1942).

Además, la libertad de los cónyuges encuentra un límite en las normas inderogables impuestas por la ley y por el principio fundamental establecido en el art. 160 C.C. 1942, en virtud del cual los esposos no pueden derogar ni los derechos que pertenecen al cabeza de familia ni los que la ley atribuye a uno u otro esposo. El art. 1379 del Código de 1865 contenía este mismo principio, pero añadiendo que los esposos no podían derogar ni siquiera las disposiciones prohibitivas contenidas en el Código; inciso que desaparece en 1942, al ser considerado reiterativo. Por derechos pertenecientes al cabeza de familia y por derechos atribuidos a los cónyuges se entienden tanto sus derechos patrimoniales, como sus derechos personales⁷. El art. 1380 del Código de 1865 disponía expresamente que los cónyuges no podían hacer pacto o renuncia tendente a cambiar el orden legal de las sucesiones. Este precepto fue suprimido en 1942 por superfluo, ya que la prohibición de los pactos sucesorios está contenida en otras normas de la ley (ant. art. 1118 y art. 458 C.C. 1942)⁸.

Estas dos prohibiciones atienden a la protección del interés de la familia frente

⁷ Véase, bajo el imperio del Código de 1865, PAOLI, *Del matrimonio rispetto ai beni*, Firenze, 1887, pág. 18; bajo el Código del 42, GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 348.

⁸ El carácter superfluo del art. 1380 había sido ya puesto de manifiesto por PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., pág. 20, quien trataba de dar una justificación histórica, ya que no jurídica, a dicho precepto.

al de los esposos. Pero también hay limitaciones encaminadas a la protección de las partes y a proporcionar seguridad a los terceros. Así, los esposos no pueden someterse genéricamente a costumbres locales o a leyes a las que no se hallen sujetos (arts. 1381 C.C. 1865 y 161 C.C. 1942). No obstante, y según los mismos preceptos, si enuncian concretamente el contenido de los pactos, es decir, las normas extranjeras o el uso concreto, esas normas valdrán como convenciones privadas⁹.

2.- Forma

Cualquiera que sea el contenido de las capitulaciones matrimoniales, han de otorgarse en documento público notarial bajo sanción de nulidad (arts. 1382 y 1383 C.C. 1865 y 162 C.C. 1942). Por tanto, son nulas las capitulaciones otorgadas en documento privado aunque estén autenticadas; nulidad que es absoluta e insanable y que puede hacerse valer por cualquier interesado¹⁰.

Por otra parte, la validez de las capitulaciones requiere la presencia de dos testigos, sin que puedan renunciar a ellos las partes, bajo sanción de nulidad (arts. 48 Ley de 16 de febrero de 1913).

3.- Publicidad

Bajo el imperio del Código de 1865 la publicidad de los pactos capitulares era voluntaria¹¹. No obstante, cuando uno de los cónyuges era comerciante se exigían mayores garantías de publicidad. Las capitulaciones debían remitirse en extracto, y dentro del término de un mes contado desde su fecha, a la cancillería del Tribunal en cuyo territorio tuviera abierto el comerciante su establecimiento, para que fuese transcrito en los registros correspondientes y anunciado debidamente, consignándose

⁹ TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 53.

La prohibición del art. 1381 procede del art. 1390 del Código Napoleónico. Sobre las soluciones doctrinales y jurisprudenciales en Francia véase supra capítulo I, apdo. A) II, 1.

¹⁰ Véase PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., págs. 14-15.

¹¹ Cfr. art. 1932.

en el anuncio si había habido constitución dotal o régimen de comunidad (arts. 11 C. com. 1865 y 16 C. com. 1882); la remisión del extracto debía hacerla el notario autorizante o el propio cónyuge que iniciara el ejercicio del comercio después de haber contraído matrimonio (arts. 12 y 13 C.com. 1865 y 16 y 17 C. com. 1882). Este régimen de publicidad también venía impuesto aun cuando no siendo comerciante ninguno de los esposos lo fuera el ascendiente obligado a restituir la dote y los créditos dotales a la mujer del descendiente (arts. 15 C. com. 1865 y 20 C. com. 1882). Si bien, su omisión no era sancionada con la pena de quiebra "semplice" como lo era la del marido¹²

Bajo el Código de 1942 la eficacia de las capitulaciones está sujeta, en algunos casos, a la inscripción en el Registro de la Propiedad. Según el art. 2647 C. C. deben ser transcritas, si tienen por objeto bienes inmuebles, la constitución del vínculo dotal, la constitución de la comunidad entre cónyuges y la del patrimonio familiar, a cargo, respectivamente, de la dotada o de los cónyuges o del cónyuge titular del patrimonio familiar; además, el vínculo dotal, el derivante de la comunidad y la constitución del patrimonio familiar no pueden ser opuestos a los terceros mientras no estén inscritos, de tal suerte que la inalienabilidad del patrimonio familiar no es oponible a los acreedores cuyo derecho nació con anterioridad a la inscripción del acto o a la constitución del vínculo sobre títulos de crédito (art. 169 C.C.).

Así pues, frente a la regla general de que las inscripciones no producen efecto respecto a los terceros que por cualquier título han adquirido derechos sobre los inmuebles, en virtud de documento inscrito con anterioridad a la inscripción de los actos mismos (art. 2644 C.C.), el art. 2647 confiere una mayor protección al determinar a qué terceros se consideran oponibles el vínculo dotal, el derivante de la comunidad y la constitución del patrimonio familiar cuando no han sido inscritos.

4.- Inmutabilidad

Las capitulaciones matrimoniales deben firmarse antes de la celebración del

¹² VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, I, I commercianti*, 5ª ed. Milano, 1934, págs, 209-213, especialmente 212.

matrimonio (arts. 1382 C.C. 1865 y 162 C.C. 1942). Su contenido puede ser modificado hasta el momento de la celebración del matrimonio, pero con las condiciones previstas en los arts. 1383 y 1384 C.C. 1865 y 163 C.C. 1942: deben ser hechas en documento público en presencia y con el consentimiento simultáneo de todas las personas intervinientes en las capitulaciones, y su eficacia frente a terceros queda supeditada a la anotación al margen o al pie del original de las capitulaciones del acta que contiene los cambios.

A la vista del art. 162-2º C.C., que reproduce el art. 1385 del Código de 1865, resulta que las capitulaciones estipuladas antes de la celebración del matrimonio no pueden ser alteradas después de la celebración del mismo.

El principio de la inmutabilidad tiene por finalidad proteger a la familia, afianzando la estabilidad patrimonial que debe tener el grupo familiar¹³ y evitando que un cónyuge abuse del afecto del otro para obtener ventajas patrimoniales¹⁴, y también a los terceros que contratan con los esposos, a quienes interesa sobremanera conocer la capacidad y la disponibilidad de cada uno de ellos, así como los derechos que corresponden al marido y a la mujer¹⁵.

Ahora bien, bajo la vigencia del Código unificado esta inmutabilidad es relativa. Y lo es porque sólo es absoluta en cuanto a las capitulaciones otorgadas antes de la celebración del matrimonio, pues cabe que se estipulen pactos aun después de la celebración del matrimonio, con tal de que no alteren los pactos anteriores (art. 162-3º C.C.). En efecto, el art. 178 C.C. establece que la dote puede ser constituida o aumentada durante el matrimonio; el art. 167-2º previene la constitución del patrimonio familiar durante el matrimonio, y el art. 215 C.C. contempla la posibilidad de que se estipule la sociedad de gananciales tanto antes como después de la celebración del matrimonio.

¹³ DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil, II*, trd. de la 4ª ed. italiana por SERRANO SUÑER y SANTA-CRUZ TEIJEIRO, Madrid, 1931, pág. 785.

¹⁴ Así, PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., pág. 16, y GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 353.

¹⁵ Véase DE PIRRO, "I rapporti patrimoniali...", cit., págs. 291-292.

IV.- EL REGIMEN LEGAL: LA SEPARACION DE BIENES

1.- Consideraciones generales

Un rasgo peculiarísimo del Derecho italiano, que lo diferencia netamente de los ordenamientos francés, alemán y español, es la no determinación del régimen legal¹⁶.

El legislador italiano dio primacía al régimen dotal, consagrado por la tradición secular romanística, dedicándole la mayor parte de las normas relativas a las relaciones patrimoniales de los esposos. Al lado del régimen dotal, el legislador incluyó los regímenes de gananciales y de separación de bienes. Dado que los regímenes dotal y de gananciales deben ser establecidos por convención expresa, resulta que por exclusión el sistema popiamente legal es el de separación de bienes¹⁷.

La regulación del régimen legal que se contiene en el Código unificado es una reproducción de la del Código de 1865. Unicamente cabe señalar la simplificación que supuso la abolición de la licencia marital por la ley de 17 de julio de 1919, con lo que se suprimió toda injerencia del marido en la gestión de los bienes propios de la mujer. No obstante su supresión, haremos un esbozo de la situación mientras estuvo vigente dicha autorización.

Como es sabido, el régimen de separación se caracteriza por el hecho de que cada esposo conserva la propiedad, la administración, el disfrute y la disposición de sus bienes, hayan sido adquiridos antes o después del matrimonio, y responde de sus deudas.

¹⁶ Esta indeterminación fue evidenciada y calificada de "grave defecto" por BIANCHI, *Tratatto dei rappoti patrimoniali dei coniugi*, Pisa, 1888, citado por sí mismo en *Del contratto di matrimonio*, en *Il diritto civile italiano*, Napoli, 1907, págs. 17-18.

¹⁷ Bajo la vigencia del Código unificado el tema se mantiene en los mismos términos, pero a diferencia de lo que sucedía bajo el Código de 1865 (la doctrina no hablaba de régimen legal, sino de simplemente de bienes parafernales, véase PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., págs. 125 y ss., aunque con algunas excepciones, DE RUGGIERO, *Instituciones...*, II, cit., págs. 781 y 830 y ss.) ya se empieza a aplicar al régimen de separación el calificativo de régimen legal, así, GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 335.

Esta idea no fue claramente expresada ni en 1865 ni en 1942. Los Códigos regulan el régimen de separación bajo la rúbrica "bienes parafernales", aludiendo en todo momento a los bienes no dotales de la mujer y sin hacer más mención de los bienes del marido que la relativa al disfrute de los mismos por la mujer¹⁸.

No obstante, el régimen de separación regulado en los arts. 1425–1432 C.C. 1865 y 210–214 C.C. 1942 reúne las notas distintivas que hemos señalado, sin más restricciones que las derivadas de la obligación de contribuir a los gastos que ocasiona el mantenimiento de la familia.

2.– La gestión de los bienes

Aun cuando la regla general es la de que la mujer tiene la libre administración, el goce y la disposición de sus bienes, es frecuente en la práctica que uno de los esposos, por lo general la mujer, conceda mandato al otro para que los administre o tolere tácitamente dicha administración. A tal efecto los arts. 1428–1430 del Código de 1865 y los arts. 212 a 214 C.C. del Código unificado preveían varias hipótesis, que si bien hacen referencia explícita a la mujer, tienen aplicación analógica cuando los bienes administrados por el otro cónyuge son los del marido (arts. 1423 C.C. 1865 y 214 C.C. 1942).

2.1.– Administración por mandato con obligación de rendir cuentas

El art. 212–2º C.C., que reproduce el art. 1428 del Código de 1865, establece que el cónyuge mandatario está obligado hacia su consorte en los mismos términos que cualquier mandatario.

La norma se refiere al poder, es decir, al mandato con representación, porque

¹⁸ La impropiedad de la rúbrica "bienes parafernales" ha sido puesta de manifiesto bajo la vigencia de ambos Códigos. La crítica se sustenta en que bienes parafernales lo son los no constituidos en dote, pero si falta ésta malamente pueden recibir tal calificación los demás "bienes propios" de la mujer. Así, entre otros, BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit. págs. 640–641; GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 335, y TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 325.

es el caso más frecuente, pero ello no excluye que el mandato sea sin representación¹⁸. Por razón del mandato el mandatario está autorizado a administrar los bienes y a percibir los frutos que los mismos produzcan (arts. 1745 C.C. 1865 y 1710 y ss. C.C. 1942). El mandato, que puede ser general o referido solamente a determinados bienes, suele contener la cláusula de que el mandatario utilice una parte de los frutos para el mantenimiento de la familia. Pero aunque no exista tal cláusula expresa, el cónyuge mandatario, al rendir cuentas de su gestión, podrá igualmente retener la parte correspondiente a la contribución a la que está obligado el mandante, al tiempo que deberá restituir los frutos restantes¹⁹.

Según el Código unificado el mandato se presume en general oneroso (art. 1709), por consiguiente, el cónyuge mandatario podrá pretender una compensación por el trabajo prestado, a menos que haya dispensado a su consorte de la obligación de compensarle²⁰.

2.2.- Administración por mandato sin obligación de rendir cuentas

El segundo supuesto previsto por el legislador es el de que un cónyuge haya conferido al otro poder para administrar sus bienes sin la obligación de rendir cuentas de los frutos.

En este caso el encargo de emplear las rentas para la contribución al mantenimiento de la familia está implícito en el mandato, aunque también puede ser expreso.

Para esta segunda hipótesis el art. 212-3º dispone que el mandatario y sus herederos, a petición del mandante o a la disolución del matrimonio, están obligados a entregar los frutos existentes, no respondiendo de los ya consumidos. La misma disposición se encontraba en el art. 1429 del Código de 1865, durante cuya vigencia

¹⁸ Así, GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 341.

¹⁹ Véase TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., págs.333-334.

²⁰ GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 342.

se discutía si este mandato era o no un verdadero y propio mandato, cuestión que se reproduce con el Código unificado. Para un sector de la doctrina la respuesta era negativa, pues este mandato es conferido más en interés del mandatario que en el del mandante, y además es irrevocable²¹. Para otro sector es un verdadero y propio mandato, pues no es exacto sostener que tal mandato es conferido en interés prevalente del mandatario, ya que se confiere tanto en interés del mandante como del mandatario y en el de los hijos, siendo además esencialmente revocable²², sin que quepa acudir, como ha hecho algún autor²³, al art. 1723-2º C.C. para sustentar su irrevocabilidad. Según el art. 1723-2º C.C. el mandato conferido en interés del mandatario o de terceros no se extingue por revocación del mandante, salvo que se haya establecido otra cosa o concurra una justa causa. Y aunque en este caso el mandato se ha conferido en interés del cónyuge mandatario y de los hijos, la única diferencia establecida en la ley entre el mandato con obligación de rendir cuentas de los frutos y el mandato sin dicha obligación es que en el segundo caso el mandatario o sus herederos, a petición del mandante o a la disolución del matrimonio, están obligados a entregar los frutos existentes²⁴.

Por otra parte, defendiendo que el mandato sea irrevocable, se viene a admitir que el cónyuge mandante puede renunciar al derecho que le concede el art. 212-1º C.C. de gozar y administrar sus bienes parafernales, lo que es contrario al art. 160 C.C., según el cual los cónyuges no pueden derogar con sus pactos los derechos que competen al cabeza de familia ni los que la ley atribuye a uno u otro esposo²⁵.

La limitación de la responsabilidad a los frutos se justifica porque el derecho a percibir los frutos que adquiere el cónyuge mandatario es un derecho personal y no un derecho real. Aun cuando el art. 213 C.C., que reproduce el art. 1431 del Código de 1865, establece que el marido está sujeto a todas las obligaciones del usufructuario,

²¹ TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 327.

²² GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 343.

²³ TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., págs. 329 y 345.

²⁴ GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 343.

²⁵ Véase FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941, pág. 304.

la doctrina²⁶ y la jurisprudencia²⁷ coinciden en que de esta norma no puede deducirse que tenga los derechos del usufructuario, pues las obligaciones del mismo se le imponen tanto si administra con mandato, como si administra sin él.

2.3.– Administración sin mandato pero sin oposición por escrito del otro cónyuge

Este tercer supuesto es equiparado por la ley al anterior. El cónyuge que no se opone por documento escrito a los actos de administración realizados por su consorte sin su mandato consiente tácitamente el cumplimiento de tales actos. Y puesto que esos actos, en cuanto que realizados con el consentimiento tácito del mandante, se consideran cumplidos en interés de la familia, ello explica el que el mandatario y sus herederos, en caso de requerimiento del mandante o a la disolución del matrimonio, sólo estén obligados a entregar los frutos existentes.

A la vista de esta fundamentación resulta que la norma no es aplicable cuando falta la oposición del cónyuge afectado, porque no tenía conocimiento de los actos de gestión realizados por su consorte por causa de ausencia, enfermedad u otro motivo. Y puesto que esta falta de oposición no puede valer como consentimiento tácito, se aplicarán, según cada caso concreto, las normas sobre gestión de negocios ajenos (arts. 2028–2032 C.C.) o las relativas a los actos ilícitos (art. 2043–2059 C.C.)²⁸

2.4.– Administración sin mandato pero con oposición por escrito del otro cónyuge

Esta última hipótesis no se recoge en el Código unificado, pero estaba prevista y regulada en el art. 1430 del Código de 1865, según el cual "si el marido, a pesar de la oposición de la mujer hecha aun con acto extrajudicial, ha administrado los bienes personales, él o sus herederos están obligados a rendir cuentas a la misma de los frutos existentes y de los consumidos".

²⁶ Véase, por todos, GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 344.

²⁷ TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., págs. 339–331.

²⁸ Véase GANGI, *El matrimonio*, cit., pág. 345.

La norma fue suprimida en el Código del 42 por superflua, considerándose que se llegaba al mismo resultado con la aplicación a contrario del art. 212-3º C.C. (mandato sin obligación de rendir cuentas).

La devolución se extiende pues a los frutos existentes y al valor de los consumidos. Sin embargo, aun cuando el marido ha cometido un acto ilícito, se defiende su derecho a retener la parte de los frutos correspondiente a la porción debida por la mujer para el mantenimiento de la familia²⁹

3.- La autorización marital

3.1.- Fundamento y condiciones de otorgamiento

Si bien es cierto que la libre disposición es uno de los elementos esenciales del dominio, el Código civil de 1865 estableció para ciertos casos y para ciertos actos relativos a los bienes extradotales, el instituto de la autorización marital y, en su defecto, judicial.

El fundamento de la licencia está en la necesidad de conciliar la dignidad de la mujer con el interés y las necesidades de la familia, pues desde el momento en que contrae matrimonio, la mujer deja de ser considerada en su individualidad, para serlo como mujer en relación con la sociedad conyugal. Por tanto, no es una cuestión de incapacidad, sino de organización de la familia³⁰.

El marido puede autorizar a la mujer de forma particular, caso por caso, para cada uno de los actos que quiera realizar; pero también puede concederle autorización general para todos o para algunos de ellos.

Según se trate de autorización general o particular, ésta debe concederse en documento público, la general, o en documento privado, la particular. Pero en ninguno de los casos es necesaria una fórmula sacramental, basta, tal y como sentó la

²⁹ Véase GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 346.

³⁰ Véase PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., págs. 130-134 y autores allí citados.

jurisprudencia, que conste claramente la voluntad del marido de autorizar a la mujer³¹. Además, en el caso concreto de la autorización para litigar, ésta puede ser tácita e incluso presunta.

3.2.- Actos sometidos a la autorización

No todos los actos que puede realizar la mujer casada están sujetos a la autorización marital, ni dentro de las categorías concretas todas las posibles variantes.

Según el art. 134 C.C. la mujer no puede donar, enajenar bienes inmuebles, constituir hipoteca sobre los mismos, tomar dinero en préstamo, prestar fianza, transigir ni litigar en relación con tales actos sin autorización del marido.

El fundamento de la prohibición de donaciones sin autorización del marido está en que por medio de ellas la mujer puede disminuir, incluso en su totalidad, irrevocablemente (art. 1040 C.C.) y sin compensación alguna, su patrimonio parafernial. Ahora bien, puesto que la disposición es genérica, la doctrina se inclinó por extender la necesidad de autorización fuera cuál fuese el tipo de bienes objeto de la donación, muebles o inmuebles, y fuera quién fuese el donatario, hijos o extraños³².

Dado que el art. 134 C.C. se refiere a la enajenación de bienes inmuebles, la doctrina se mostró partidaria de la aplicación restrictiva del precepto, de tal manera que la mujer podía disponer libremente de sus bienes muebles, pudiendo además adquirir libremente bienes, tanto muebles como inmuebles. Entre las enajenaciones vetadas se incluyen la permuta, la enfiteusis y la constitución de servidumbre aunque no los alquileres aun cuando fuesen por más de nueve años³³.

En lo que al préstamo se refiere la doctrina defendió que la mujer podía dar, pero no tomar, dinero en préstamo, y sobre la base de una interpretación restrictiva

³¹ PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., pág. 147.

³² Así, BIANCHI, F.S., *Corso elementare di diritto italiano, II*, Torino, 1893, pág. 589, citado por PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., pág. 136.

³³ PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., págs. 140-141.

de la ley, se inclinó por permitir a la mujer cualquier obligación que no tuviera su fundamento en un préstamo.

Abandonada la idea de la "fragilidad del sexo", la mujer puede prestar fianza, pero una vez casada, dado el peligro que en sí misma encierra la fianza³⁵, no puede contraerla sin autorización del marido, siendo indiferente que se trate de fianza simple o solidaria.

Por último, el legislador de 1865 estableció la necesidad de la licencia marital para que la mujer pudiera transigir y litigar. La razón de ser de estos dos supuestos era la de evitar que pudiera llevar a cabo indirectamente actos que no estaba facultada a realizar directamente³⁶

3.3.- Sustitución de la autorización marital por la judicial

En los casos en que el marido se niega injustificadamente a dar su autorización, en los de conflicto de intereses entre los esposos y cuando se produce la separación de los cónyuges, por culpa de la mujer, de ambos o por mutuo acuerdo, procede la autorización judicial.

Los supuestos de negativa injustificada y de conflicto de intereses no precisan prácticamente ninguna explicación. Un instituto introducido en beneficio de la familia, no puede volverse contra su propio fin³⁷.

En lo que a la separación de los cónyuges se refiere, se distingue según quién

³⁵ El Senadoconsulto Velejano declaraba nulas las intercesiones de la mujer (D. 16, 1,2,1), facultándola para oponerse a la demanda del acreedor con la *exceptio senatus consulti Velleiani* y para la repetición de lo indebido (D. 16, 1, 16, 1). El derecho justiniano, por su parte, fortaleció la defensa de la mujer, declarando la intercesión nula *ipso iure* (Nov. 134, 8).

³⁶ Así, BIANCHI, F.S., *Corso elementare...*, II, cit., págs. 606-607, citado por PAOLI, *ob. cit.*, pág. 145, notas 1 y 3.

³⁷ No obstante, sobre la dura controversia surgida en torno a qué debe entenderse por conflicto de intereses, véase la exposición doctrinal y jurisprudencial que hace PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., págs. 150-159.

sea el culpable de la misma. Si el culpable es el marido, la mujer recupera la plena libertad, pues no es justo constreñirla a depender de un hombre cuya conducta ha desmerecido la confianza de la mujer y de la ley. Si la culpa es de la mujer o de ambos cónyuges, concederle libertad a la mujer equivaldría a premiar su culpa. Para evitar este resultado, la ley dispone la sustitución de la autorización marital por la judicial. Y lo mismo sucede en caso de separación por mutuo acuerdo. En la duda de quién pueda ser el causante, se aplica la misma solución que si ambos fueran culpables.

3.4.- Casos en los que no es necesaria la autorización, ni marital ni judicial. Especial referencia al ejercicio del comercio

Según el art. 135 C.C. no es necesaria la licencia marital: cuando el marido sea menor de edad, esté sometido a interdicción, se halle ausente, haya sido condenado a más de un año de cárcel, cuando la mujer esté legalmente separada del marido por culpa de él y cuando la mujer ejerza el comercio.

De estos cinco supuestos únicamente vamos a hacer referencia al del ejercicio del comercio por la mujer casada.

Según el art. 7 C. com. 1865 la mujer casada no puede ser comerciante sin consentimiento expreso o tácito del marido y, en su caso, sin autorización judicial.

Ahora bien, al mismo tiempo que se entiende que la mujer no puede dedicarse a una actividad comercial sin autorización del marido, se entiende también que una vez concedida la autorización, la mujer debe actuar libremente, sin ninguna traba en todo lo concerniente al comercio.

Aun cuando en algún caso la jurisprudencia se inclinó por conceder a la mujer comerciante plena libertad incluso para los actos ajenos al comercio³⁷, otras decisiones jurisprudenciales y la doctrina sostuvieron que la no necesidad de autorización se justificaba con la seguridad del tráfico, permanenciando la mujer sometida al derecho

³⁷ PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., pág. 170.

común para todos los actos que no tuvieran relación con el comercio³⁹.

Pero lo mismo que existen supuestos excepcionales en los que la mujer puede actuar sin necesidad del consentimiento del marido, el Código de comercio de 1882, en armonía con el Código civil, dispuso en su art. 13, párr. 2º que en los casos de los números 1 y 2 del art. 135 C.C.⁴⁰ la mujer mayor de edad no necesitaba autorización marital. Pero la innovación se restringía a esos únicos supuestos. Por tanto, si estaban separados por culpa de ella o de ambos o por mutuo acuerdo, la mujer debía recabar la autorización judicial (art. 13, párr. 2º, último inciso).

No obstante el ejercicio del comercio con o sin autorización, el Código de comercio de 1882 no permitía a la mujer casada contraer sociedad con responsabilidad ilimitada (art. 14, párr.3º), siendo necesario para ello una autorización específica del marido o, en su caso, de la autoridad judicial.

Por último, hay que señalar que según el párr. 2º del mismo art. 14 C. com. 1882, que reproduce el art. 8 C.com. 1865, si se había pactado el régimen de comunidad, la mujer respondía de sus obligaciones con sus bienes, limitándose la responsabilidad del marido a las ganancias de la comunidad.

V.- LOS REGIMENES CONVENCIONALES

1.- Régimen dotal

1.1.- Consideraciones generales

Como ya hemos indicado, el legislador italiano dio primacía al régimen dotal, consagrado por la tradición secular romanística. Pero a diferencia del Derecho romano clásico, en el que existía para los padres o para los hermanos una obligación moral o de honor de dotar a la hija o a la hermana, el Derecho italiano no sólo no recoge esta obligación, sino que más bien dicta una norma contraria en la que se pone de manifiesto el abandono del sistema acogido por el Derecho romano. En efecto, el art.

³⁹ PAOLI, *ibidem*.

⁴⁰ Menor edad, interdicción, cárcel por más de un año y separación por culpa del marido.

147 C.C. 1865 establecía expresamente que los hijos no tienen acción contra los padres para obligarlos a hacerles una asignación por causa de matrimonio o por cualquier otro título⁴⁰; norma no recogida en el Código unificado, porque se consideró innecesario un precepto en tal sentido pues, a falta de una disposición expresa, no se puede hablar de un derecho de los hijos a una asignación en vida de los padres, cuando ésta esté al margen de la obligación de mantenimiento, educación, instrucción y alimentos.

1.2.– Concepto de dote

Según el art. 177 C.C., que no es sino un calco del art. 1388 del Código de 1865, la dote consiste en aquellos bienes que la mujer u otro por ella aporta expresamente bajo este título al marido para sostener las cargas del matrimonio.

La opinión mayoritaria estima que esa aportación es una atribución, un acrecentamiento del patrimonio del marido⁴¹. La opinión minoritaria, por el contrario, considera que la dote es un patrimonio autónomo destinado a servir a las necesidades de la familia. Y lo es por el acto unilateral de destino hecho por la mujer y sin mira personal al marido, el cual tiene un derecho legal de goce sobre dicho patrimonio; derecho que se le atribuye como cabeza de familia y no por un acto traslativo o constitutivo de la mujer⁴².

Así pues, la dote, según la doctrina dominante, es una aportación de la mujer o de otro por ella, destinada a la cobertura de las necesidades de la familia, de tal manera y en tal medida que queda exonerada, total o parcialmente, de contribuir a dichas necesidades, en proporción a sus medios y a los del marido, a lo que, de lo contrario, estaría obligada.

⁴⁰ Véase PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., págs. 27–28.

⁴¹ En cuanto al Código de 1865, véanse PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., pág. 26 y TEDESCHI, *I rapporti patrimoniali dei coniugi*, en *Trattato di diritto civile italiano*, de Vassalli, Torino, 1937, pág. 405. Respecto al Código unificado, véase, por todos, GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 374.

⁴² FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 320.

Para una crítica de la teoría de Ferrara, véase GANGI, *Il matrimonio*, cit., págs. 390–396.

Ahora bien, para que la aportación sea realmente dote, hay que hacerla con la configuración fija e inalterable prevista por la ley. Es decir, no todo negocio en el que la mujer u otro por ella se obligue a la entrega al marido de una contribución para cubrir las necesidades de la familia es dote, aunque las partes le hayan dado esa denominación. Sólo hay dote cuando se da la configuración típica del instituto dotal⁴³.

1.3.- Objeto de la dote

Objeto de la dote pueden serlo toda clase de bienes. Así pues, pueden constituirse en dote bienes muebles e inmuebles, derechos reales de goce, derechos de crédito, bienes singulares, complejos de bienes, bienes fructíferos e infructíferos, la renuncia a un derecho, si de la misma se deriva una ventaja patrimonial, etc.

El Código de 1865 admitía la constitución en dote de bienes futuros (art. 1389), si bien limitando este supuesto a la dote constituida por la propia mujer, pues el propio Código (art. 1064) prohibía las donaciones que comprendan los bienes presentes y futuros del donante⁴⁴. El Código unificado, por el contrario, dispone que la constitución de dote no puede comprender los bienes futuros (art. 179). La finalidad de esta exclusión es la de impedir que la dote pueda comprender los bienes que la mujer adquiere con su trabajo; adquisiciones que, cuando se den, forman parte de los bienes parafernales. La norma del art. 179 C.C. no es un precepto de nuevo cuño, sino que viene a recoger, en cierta medida, la idea contenida en el párrafo 2º del art. 1389 del Código de 1865, según la cual la constitución de dote, expresada en términos genéricos de todos los bienes de la mujer, no comprende los bienes futuros.

En el caso de que la mujer haya constituido en dote todos sus bienes, se cuestiona si el objeto de la dote lo constituyen también las deudas o si bien debe considerarse solamente el activo o el activo deducido del pasivo. La doctrina se inclina por entender que la dote se constituye únicamente sobre el activo, quedando el pasivo

⁴³ Véase *infra* apdo. 1.4.

⁴⁴ Véase PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., pág. 36.

a cargo de la mujer o del tercero constituyente⁴⁶.

Las cosas objeto de la dote pueden ser tanto consumibles como incosumibles. Dado que de las cosas consumibles no se puede gozar sino consumiéndolas, las constituidas en dote pasan a ser propiedad del marido, quien no queda obligado más que a restituir el equivalente en dinero. Por el contrario, las cosas inconsumibles siguen siendo de propiedad de la mujer y el marido sólo tiene sobre ellas el goce y la administración.

Ahora bien, puede suceder que las cosas inconsumibles pasen a propiedad del marido por efecto de la estimación que de ellas se haya hecho en el momento de la constitución de la dote.

La estimación es la determinación convencional del valor de una cosa. La estimación puede ser hecha bien para determinar la responsabilidad del marido en caso de pérdida o deterioro de la cosa (*taxationis causa*), bien para transferir la propiedad de la cosa al marido, considerándola como vendida al mismo (*venditionis causa*). Cuál sea el significado de la estimación depende de la voluntad de las partes pero, en defecto de declaración expresa, la ley establece una doble presunción. Si la cosa es mueble, la estimación se presume hecha *venditionis causa*; si, por el contrario, es inmueble, la estimación se presume hecha *taxationis causa*. No obstante, mediante una declaración expresa se puede establecer que la estimación de una cosa mueble no se hace para transmitir su propiedad, y, a la inversa, que la estimación de una cosa inmueble se hace para transmitir su propiedad. Esto se desprende del art. 182 C.C., que reproduce los arts. 1401 y 1402 del Código de 1865, que establece la distinción entre dote **en especie** y dote **de cantidad**.

Existe dote en especie cuando los bienes son inmuebles o muebles inconsumibles; bienes cuya propiedad conserva la mujer, teniendo el marido el goce y la administración (arts. 182 y 184 C.C.). Por el contrario, existe dote de cantidad cuando el objeto es dinero u otra cosa consumible; bienes cuya propiedad adquiere el marido con la obligación de restituir su valor (art. 182 C.C.).

⁴⁶ Véase, por todos, GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 377.

1.4.– Constitución de dote

1.4.1.– Forma expresa

Habida cuenta que la constitución de dote determina el destino de los bienes al sostenimiento de la familia y su sujeción al vínculo de la inalienabilidad y de la inexpropiabilidad⁴⁷, la ley exige que se haga **expresamente y con la designación de los bienes que la integran** (arts. 1388 C.C. 1865 y 177 C.C. 1942). Insistiendo en la necesidad de la constitución expresa, el Código de 1865 establecía en el art. 1390 que si la mujer pasaba a un segundo o ulterior matrimonio no se entendía reconstituida tácitamente la dote asignada en el matrimonio anterior⁴⁸.

Al mandato del legislador se le añade la consideración de que la constitución de dote es un pacto capitular⁴⁹ que, según la jurisprudencia, se concluye con miras a un determinado matrimonio, de cuya existencia depende⁵⁰. En consecuencia, a la constitución de dote le son aplicables las reglas establecidas para las capitulaciones matrimoniales, es decir, documento público, bajo sanción de nulidad, y si tiene por objeto bienes inmuebles, inscripción en el Registro de la Propiedad tal y como dispone el art. 2647 C.C.

Así pues, no basta con que en las capitulaciones se hable de bienes donados a la mujer en atención a su matrimonio, es preciso que los bienes sean expresamente aportados en concepto de dote pues, de lo contrario, habría que considerarlos como parafernales, con un posible mandato al marido para administrarlos (arts. 212–214 C.C.).

⁴⁷ Sobre este punto véase infra apdos. 1.6.1 y 1.6.2.

⁴⁸ Sobre esta cuestión véase PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., pág. 40, texto y nota 3.

⁴⁹ El carácter de capitulación matrimonial de la dote es negado por FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 325, quien, sin embargo, sí reconoce el carácter de pacto capitular a la constitución de dote (*ob. cit.*, págs. 303 y 305).

⁵⁰ TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 116.

1.4.2.- Constitución real u obligatoria

La constitución de dote puede ser real u obligatoria. Es real cuando en el acto mismo de constitución se produce la transferencia de los bienes al marido. Por el contrario, es obligatoria cuando en el acto de constitución el constituyente se obliga a la transferencia de los bienes en un momento determinado; en consecuencia, no se produce una transferencia de bienes, sino una promesa de transferencia y, por tanto, una promesa de dote.

La efectiva transferencia de los bienes puede resultar de una declaración del marido contenida en el acto mismo de constitución o bien realizada posteriormente. Pero que el traslado sea efectivo o no carece de influencia sobre el goce de los bienes por el marido, salvo que se haya establecido expresamente que el mismo no tenga comienzo hasta un momento determinado⁵⁰.

1.4.3.- Tiempo

Según el art. 178 del Código unificado, que en este punto se aparta del Código de 1865, que sólo admitía la constitución o aumento de la dote durante el matrimonio por los terceros, la constitución de dote puede hacerse antes de la celebración del matrimonio por cualquier persona, y por los terceros y por la mujer, aunque no por el marido, incluso durante el matrimonio.

La norma del art. 178 se conecta con la del art. 162 del mismo cuerpo legal, según el cual los pactos capitulares pueden estipularse después de celebrado el matrimonio en los casos previstos por ley con tal de que no alteren las capitulaciones ya establecidas.

El fundamento de la libertad concedida a la mujer y a los terceros está en que el principio de la inmutabilidad de los pactos capitulares no impide las ligeras alteraciones que hagan más favorables para los esposos las capitulaciones

⁵⁰ Así, GANGI, *Il matrimonio*, cit., págs. 382-383.

matrimoniales⁵¹, pero afirmándose al mismo tiempo que el derecho de los terceros y la exigencia de certeza en la condición jurídica de los bienes de cada cónyuge no deben sacrificarse en beneficio del consorcio familiar⁵².

La prohibición de que el marido intervenga en la constitución o aumento de dote una vez celebrado el matrimonio, por su parte, se conecta con la prohibición de donaciones entre cónyuges. Ahora bien, declarada inconstitucional esta prohibición⁵³, cabe entender que el marido puede intervenir en la constitución o aumento de dote postnupcial.

1.4.4.- Garantías por evicción

Puesto que la dote está destinada a cubrir las necesidades de la familia y la constitución de dote frente al marido es un acto a título oneroso, el constituyente de la dote está obligado a garantizar los bienes así constituidos. Pero esta garantía se refiere solamente a la evicción, no así a los vicios de los bienes, salvo pacto especial y salvo que el constituyente lo hubiera llamado de mala fe (art. 180 C.C. 1942). Con esta norma expresa se resuelve la cuestión que planteaba el art. 1396 C.C. 1865, que establecía, en general, que aquellos que constituían una dote estaban obligados a garantizar los bienes asignados a la misma, lo que dio lugar a opiniones encontradas en cuanto a si la garantía se refería tanto a la evicción como a los vicios ocultos o si, por el contrario, se limitaba a la evicción.

A la garantía por evicción y a la posible por vicios se aplican analógicamente, cuando proceda, las normas establecidas para dichas garantías en la compraventa en los arts. 1483 y ss. y 1490 y ss. C.C. 1942. Al igual que en la compraventa (art. 1487 C.C.), en la constitución de dote puede excluirse la garantía por evicción mediante un pacto expreso incluido en la escritura de constitución. Pero en ese caso también es aplicable la limitación prevista en el art. 1487, párr. 2º para la compraventa: aunque

⁵¹ Véase TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 117.

⁵² DE RUGGIERO, *Instituciones...*, II, cit. pág. 796.

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1973.

se pacte la exclusión de la garantía, el constituyente está siempre obligado por la evicción derivante de un acto suyo propio, siendo nulo todo pacto en contrario.

1.5.– Administración y disfrute de la dote

1.5.1.– Derechos del marido

Los derechos que competen al marido sobre la dote se concretan en un derecho exclusivo de administración, en un derecho igualmente exclusivo de disfrute y en un derecho de actuar en juicio por sí solo para hacer valer todos los derechos relativos a los bienes dotales, salvo el caso previsto en el párr. 3º del art. 184 C.C. de conflicto de intereses entre los esposos; supuesto en el que debe ser oída la mujer.

Los derechos de administración y disfrute competen al marido en exclusiva en su calidad de jefe de la familia.

El Código unificado, a semejanza de lo dispuesto en el art. 1408 del Código de 1865, establece en el art. 192 que, respecto a los bienes dotales, el marido está sujeto a todas las obligaciones de un usufructuario; pero al igual que sucedía en el Código de 1865, no establece en ningún precepto que tenga también los mismos derechos que un usufructuario.

Los derechos del marido no pueden equipararse a los de un usufructuario porque le son atribuidos no en su propio interés, sino en el de la familia, y en su condición de cabeza de familia. Es, en definitiva, un derecho familiar⁵⁴ que no puede ser configurado de otra manera diferente⁵⁵. Mientras que en el usufructo existe una oposición de intereses entre el usufructuario y el nudo propietario, en la administración y disfrute de la dote hay un interés coincidente del marido y la mujer, el interés de la familia; lo que determina que los derechos del marido sean más amplios que los del usufructuario. Además, como veremos⁵⁶, ni siquiera las obligaciones que incumben al

⁵⁴ Véase, por todos, TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 164.

⁵⁵ Así, PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., pág. 63, seguido por BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit., pág. 251.

⁵⁶ Véase infra apdo. 1.5.2.

marido son en todo idénticas a las que competen al usufructuario a pesar de lo establecido en el art. 192 C.C.

El derecho de administración comprende el derecho a la posesión de la dote, el derecho a exigir la restitución de los capitales constituidos en dote y la facultad de realizar todos los actos de administración –ordinaria y extraordinaria–, y, precisamente por el destino familiar de la dote y la inexistencia de conflicto de intereses entre los esposos, puede incluso cambiar el destino económico de los bienes; posibilidad que era negada por algún autor bajo la vigencia del Código de 1865⁵⁷.

El art. 184, párr. 2º C.C., que reproduce el primer párrafo del art. 1399 del Código de 1865, se refiere particularmente al derecho del marido a exigir la restitución de los capitales. Estos capitales no son los que constituyen la dote de cantidad, sino los que son objeto de un derecho de crédito de la mujer, derecho constituido en dote, es decir, dote en especie⁵⁸.

El derecho a exigir esa restitución lleva aparejada la facultad de librar recibo a los deudores y la de consentir la cancelación de las hipotecas inscritas en garantía de esos capitales⁵⁹. El tercero deudor no puede oponer al marido la compensación de su deuda dotal con un crédito personal que tenga frente al marido, pues el crédito no es del marido, sino de la mujer y, por tanto, falta el presupuesto de la compensación: que las partes estén obligadas entre sí (art. 1241 C.C.); sólo serían compensables los intereses del capital⁶⁰. Además, tampoco podría intentar la compensación con una deuda de la mujer, porque el crédito dotal, siendo como es inembargable, no es compensable (art. 1246-3 C.C.).

En lo que a los actos de administración se refiere, hay una diferencia notable entre los Códigos de 1865 y 1942. Durante la vigencia del primero el marido podía

⁵⁷ Así, BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit., pág. 267.

⁵⁸ Véase FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 342.

⁵⁹ Véase TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit. pág. 169.

⁶⁰ Así, BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit., pág. 261.

gravar con una servidumbre el fundo dotal aunque fuese por la sola duración del matrimonio (art. 665). Pero bajo el Código de 1942 se llega a la conclusión contraria a la vista de los arts. 1077 y 1078. El art. 1078, en conformidad con el art. 665 C.C. 1865, dispone que las servidumbres constituidas por el marido a favor del fundo dotal no cesan con la disolución del matrimonio. Pero el art. 1077 no hace ninguna referencia a las servidumbres constituidas por el marido sobre el fundo dotal. Y ello es así porque se ha adoptado el principio de que, tratándose de un acto **dispositivo**, deberá cumplirse con las formalidades establecidas por la ley: consentimiento de ambos cónyuges y autorización judicial (art. 187 C.C.).

El derecho de disfrute que el art. 184 C.C. atribuye al marido, se concreta en la percepción de los frutos, los cuales, como ya hemos visto, deben ser empleados para cubrir las necesidades de la familia. Este derecho comienza con la celebración del matrimonio o con la constitución de la dote si ésta es postnupcial. Por tanto, los frutos naturales, ya separados, y los civiles, ya vencidos, no pertenecen al marido, sino al constituyente. En lo que a los frutos pendientes se refiere, durante la vigencia del Código de 1865 se discutía si el marido debía reembolsar al constituyente los gastos de producción (art. 445) o si, por el contrario, estaba exento de esta obligación, al igual que el usufructuario (art. 480)⁶¹. Con la sustitución de preceptos operada por el Código del 42 (el art. 480 C.C. 1865 por el 984 C.C. 1942), es aplicable por analogía el art. 984 C.C., y, por tanto, si el constituyente y el marido se suceden en el goce de la cosa dentro del año agrario o en un periodo de mayor duración, los frutos y los gastos se reparten proporcionalmente a la duración de su respectivo derecho⁶².

Por último, el marido hace suyos los frutos también en el caso de anulación del matrimonio contraído por él de buena fe (art. 128 C.C.), considerando la jurisprudencia que no está obligado a la restitución de los frutos sino a partir del día de la notificación de la sentencia que pronuncie la nulidad⁶³.

⁶¹ Véase TEDESCHI, *I rapporti patrimoniali...*, cit., pág. 451.

⁶² Véase, por todos, GANGI, *Il matrimonio*, cit. pág. 403. En contra, TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 170, poniendo a cargo del marido los gastos de producción en el sentido del art. 821 C.C. 1942, correspondiente al art. 445 C.C. 1865.

⁶³ TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 173.

1.5.2.- Obligaciones del marido

Según el art. 192 C.C., respecto de los bienes dotales el marido tiene todas las obligaciones del usufructuario, y es responsable de las prescripciones incurridas y de las usucapiones cumplidas. El art. 1408 C.C. 1865 no hablaba de usucapiones, sino de deterioros acaecidos por culpa del marido. La variación en el texto se ha intentado justificar con la idea de que la responsabilidad por los deterioros se desprende sin más de la obligación de prestar la diligencia de un buen padre de familia; diligencia que incumbe al usufructuario y, por tanto, al marido⁶⁴.

Así pues, de conformidad con el art. 192 C.C., el marido, al igual que el usufructuario (art. 1001, párr. 2º C.C.), está obligado a administrar y disfrutar de los bienes con la diligencia de un buen padre de familia, siendo responsable por tanto, de todos los deterioros y de la pérdida de los objetos dotales causados por su culpa.

Un supuesto concreto de responsabilidad del marido es el de por falta de pago de la dote. Tanto el art. 1414 C.C. 1865, como el art. 197 C.C. 1942 disponen que si el matrimonio se disuelve después de los 10 años del vencimiento de los plazos establecidos para el pago de la dote y la mujer no era la deudora, ella o sus herederos pueden exigirla del marido o de sus herederos, a menos que se pruebe que la falta de pago no ha sido por culpa del marido.

Al margen de este supuesto concreto de responsabilidad, y según las disposiciones de los arts. 496 y ss. C.C. 1865 y 1001 y ss. C.C. 1942, el marido está obligado a hacer el inventario de los bienes dotales, salvo que sea dispensado de tal obligación en el acto de constitución de la dote; está obligado a los gastos y reparaciones, ordinarios y extraordinarios; debe pagar las cargas anuales y los gastos de litigio. Además, debe ejercitar todas las acciones que sean necesarias para la tutela de los bienes dotales contra cualquier hecho lesivo. Por el contrario, y a diferencia del usufructuario, el marido no está obligado a prestar caución por la dote, salvo que le haya sido exigida en el acto de constitución de la misma, si bien puede suceder que sea oportuna la caución cuando se produce una disminución en el patrimonio del

⁶⁴ Así, GANGI, *Il matrimonio*, cit., págs. 404-405.

marido.

Por último, si el marido abusase de su derecho sobre la dote, éste no puede desaparecer por aplicación analógica del art. 1015 C.C. 1942, relativo al abuso que hace el usufructuario de su derecho. El abuso del marido se sanciona, privándole de la administración, mediante la separación de la dote⁶⁵.

1.5.3.- Transferencia a la mujer

El art. 185 C.C. 1942 establece que en caso de alejamiento o de otro impedimento del marido la mujer puede ser autorizada por el Tribunal a administrar los bienes dotales y a ejercitar los derechos pertenecientes al marido según el art. 184 C.C.

Esta disposición, de absoluto nuevo cuño, responde a una exigencia práctica reconocida por la jurisprudencia durante la vigencia del Código de 1865⁶⁶, admitiendo que la mujer puede administrar en los casos urgentes.

En cuanto a los casos en que es aplicable la norma, la doctrina y la jurisprudencia convienen en que lo es en los de ausencia, inhabilitación e interdicción del marido⁶⁷, pero sin que el art. 185 C.C. prevalezca sobre las normas comunes en materia de inhabilitación, interdicción y ausencia⁶⁸.

El art. 185 no dice que la mujer está autorizada, sino que puede ser autorizada. Por tanto, la mujer puede no pedir la autorización o el Tribunal considerar oportuno no concedérsela. En cualquier caso, una vez concedida la autorización, la mujer no pasa a ser titular de los derechos que competen al marido, sino que únicamente está

⁶⁵ Véase infra apdos. 1.8.2.-1.8.4.

⁶⁶ GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 406.

⁶⁷ TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 176.

⁶⁸ GANGI, *El matrimonio*, cit., pág. 406; TEDESCHI, *ibidem*. En contra, en cuanto a la interdicción, FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 344.

legitimada para ejercerlos. En consecuencia, la propiedad de los frutos la sigue adquiriendo el marido, y la utilización de las rentas para los gastos domésticos sería por cuenta del marido, debiendo la mujer rendirle cuentas de su administración.

1.6.– Vinculación de los bienes dotales

El destino de la dote al mantenimiento de la familia, que determina la necesidad de que la dote no sea disminuida ni transformada, y el hecho de que la dote es propiedad de la mujer, pues aun cuando sea dote de cantidad, su titular es la mujer, aunque esa titularidad esté desprovista de los derechos de administración, disfrute y disposición, derecho éste último que tampoco corresponde al marido, llevan al resultado práctico de que los bienes dotales estén en un estado de **indisponibilidad**, que tiene carácter real aunque los bienes no queden fuera del comercio⁷⁰.

La indisponibilidad debe entenderse como una prohibición impuesta a los esposos de enajenar voluntariamente los bienes, como sustracción de los mismos al poder de apropiación de los terceros, o a la acción de los acreedores. Por ello, la indisponibilidad se manifiesta como inalienabilidad, inexpropiabilidad e imprescriptibilidad.

1.6.1.– Inalienabilidad

La inalienabilidad consiste en la prohibición impuesta a los cónyuges de realizar actos de disposición que operen una escisión del patrimonio dotal, una transmisión a terceros de los derechos que integran la dote, aunque sea a título oneroso. Por tanto, están prohibidos, por ejemplo, la venta, la donación, la permuta, la renuncia, la constitución de derechos reales de goce, de garantía, etc. Y están prohibidos porque la ley no sólo quiere evitar el peligro de disminución del patrimonio dotal, sino también el de su transformación (arts. 1405 C.C. 1865 y 187 C.C.1942). Pero a diferencia de lo que sucede con los bienes dotales, los frutos de los mismos son enajenables, pues corresponden al marido en virtud del derecho de disfrute concedido

⁷⁰ DE PIRRO, "I rapporti patrimoniali...", cit. pág. 308.

por la ley, y él puede disponer libremente de ellos⁷¹, lo que lleva aparejada la posibilidad de embargo de los mismos por sus acreedores⁷².

Tal y como se desprende de los arts. 1405 C.C.1865 y 187 C.C. 1942, la prohibición de enajenar no es absoluta, en cuanto que puede, en primer lugar, ser consentida en el acto de constitución de la dote, y, en segundo lugar, a falta de tal pacto, puede llevarse a cabo en los casos de necesidad o utilidad evidente con el consentimiento de los esposos y con la autorización del Tribunal. El pacto de alienabilidad no se opone a la perpetuidad del destino de los bienes dotales al mantenimiento de la familia, especialmente si se somete a la condición de invertir el precio en los mismos fines. La cláusula de reinversión vincula no sólo a los cónyuges, sino también al tercero que paga, haciéndole responsable de la no reinversión⁷³. La enajenación por causa de necesidad o de utilidad evidente requiere, además del consentimiento de ambos esposos, la autorización del Tribunal, que tiene que constatar la necesidad o utilidad de la operación, debiendo denegar la autorización cuando tales circunstancias no se acrediten debidamente (arts. 1405 C.C. 1865 y 187 C.C. 1942). Autorizada la enajenación, el bien que se obtenga en compensación del otro, será dotal por aplicación del principio de la subrogación real (arts. 1406 C.C. 1865 y 189 C.C. 1942); sancionando el art. 1407 C.C. 1865 con la nulidad la enajenación cuyo precio no fuese reinvertido, llegándose a considerar nulo el pago y no la enajenación⁷⁴.

La sanción de la inobservancia de la prohibición de enajenar la dote fuera de los casos admitidos por la ley, es la nulidad de la enajenación (arts. 1407 C.C. 1865 y 190 C.C. 1942), pues no es una cuestión de capacidad, sino de violación de una prohibición. Esta nulidad no puede hacerse valer por cualquier interesado, sino sólo por el marido y la mujer durante el matrimonio, y por la mujer aun después de disuelto el matrimonio⁷⁵, pues es una acción establecida en interés de la familia⁷⁶. Aun cuando

⁷¹ Véase TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., págs. 208-212.

⁷² Véase BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit. pág. 369.

⁷³ Así, DE RUGGIERO, *Instituciones...*, II, cit., pág. 805.

⁷⁴ TEDESCHI, *I rapporti patrimoniali...*, cit., pág. 506.

⁷⁵ Véase, por todos, FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 350.

se trata de nulidad absoluta, la doctrina ha convenido en calificarla de "relativa" en contraposición a la verdadera nulidad absoluta, que es la que puede hacerse valer por cualquier interesado⁷⁶.

La acción de nulidad corresponde siempre a los cónyuges (arts. 1407, párr. 1º C.C. 1865 y 190, párr. 3º C.C. 1942), aun cuando éstos hubieran ocultado dolosamente la condición de dotales de los bienes. En este caso, bajo el Código de 1865, el marido respondía frente al tercero por los daños y perjuicios⁷⁷; bajo el Código unificado cabe que el tercero entable acción en virtud del art. 1439 C.C., es decir, si ha sido inducido al contrato por ambos esposos con dolo⁷⁸. No obstante, una vez establecida la inscripción obligatoria de la constitución de dote (art. 2647 C.C. 1942), las normas sobre resarcimiento de daños tienen escasa importancia⁷⁹.

1.6.2.- Inexpropiabilidad

La vinculación dotal repercute también en la facultad de "expropiación" que tienen los acreedores. Para asegurar la finalidad de la dote, debe prohibirse a los acreedores de la mujer o del marido que puedan proceder ejecutivamente sobre los bienes dotales. Que los bienes dotales estén sustraídos a la garantía de las deudas contraídas por la mujer antes del matrimonio o durante el matrimonio, se desprende de los arts. 1407, párr. 1º y 191 C.C. 1942, que vienen a disponer que, disuelto el matrimonio, se puede proceder sobre los bienes dotales incluso por las obligaciones contraídas por la mujer durante el matrimonio⁸⁰.

La doctrina admite unánimemente que la inexpropiabilidad de la dote es una

⁷⁵ PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., pág. 81.

⁷⁶ Véase, por todos, GANGI, *Il matrimonio*, cit. pág. 420.

⁷⁷ DE RUGGIERO, *Instituciones...*, II, cit., pág. 806.

⁷⁸ GANGI, *Il matrimonio*, cit. pág. 421.

⁷⁹ Véase, por todos, FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 352-353.

⁸⁰ La limitación de la mención a las deudas de la mujer es obvia; recuérdese que en todo caso, sea dote en especie o dote de cantidad, la propietaria es ella.

consecuencia de la inalienabilidad; pero si bien es cierto que tiene el mismo fin, mantener intacta la dote, no lo es menos que la inexpropiabilidad subsiste, aun cuando falte la inalienabilidad⁸¹. Así pues, el fundamento de la inexpropiabilidad está en el destino familiar de la dote, de lo que se deriva que la dote alienable es inexpropiable lo mismo que la inalienable⁸².

La inexpropiabilidad, al igual que la inalienabilidad, va referida a todos los bienes dotales, muebles e inmuebles.

No obstante la rotundidad de los preceptos que enuncian el principio de la inexpropiabilidad, bajo la vigencia de ambos Códigos se discutieron largamente diversos supuestos en los que se consideraba expropiable la dote: obligaciones no contractuales de la mujer, deudas de la mujer anteriores al matrimonio aseguradas o no por garantías reales, deudas por impuestos, etc.⁸³.

Consecuencia necesaria del principio de la inexpropiabilidad de los bienes dotales es la nulidad de los actos ejecutivos que se hayan podido realizar, a lo que se añada la inadmisibilidad de la inscripción de una hipoteca judicial sobre los bienes mismos por parte de los acreedores.

1.6.3.- Imprescriptibilidad: su abolición

Según el Código de 1865 la dote no sólo era inalienable e inexpropiable, sino también imprescriptible. El párrafo 5º del art. 2120 disponía que las prescripciones no corren respecto del fundo dotal propio de la mujer y del fundo especialmente hipotecado por la dote y por la ejecución de las capitulaciones matrimoniales durante el matrimonio.

⁸¹ Véase, por todos, GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 424.

⁸² DE PIRRO, "I rapporti patrimoniali...", cit., pág. 317; FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pag. 354.

⁸³ Sobre las argumentaciones al respecto pueden verse las recogidas por GANGI, *Il matrimonio*, cit., págs. 425-433 o por TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., págs. 268-282.

La imprescriptibilidad implica que los bienes dotales, aun poseídos por tercero con todos los requisitos exigidos por la ley para la usucapión, no se pierden para la mujer ni se sustraen a la acción reivindicatoria que puede ejercitar el marido en todo momento. La única excepción la constituía el supuesto, previsto por el art. 2121 C.C., de posesión del inmueble o del derecho real sobre el inmueble durante 30 años.

Como se señala en el epígrafe, la imprescriptibilidad desaparece con el Código unificado. El fundamento de su abolición está en su consideración como inútil e inoperante⁸⁴. Inútil, si se refería a la suspensión de la prescripción de la hipoteca inscrita en garantía de la dote, puesto que, salvo el respeto a los bienes adquiridos por terceros (respecto a los cuales el art. 2121 añadía que en la prescripción de 30 años no operaba la causa suspensiva), la hipoteca no se extingue por prescripción, y no prescribiendo durante el matrimonio el crédito dotal, tampoco puede la hipoteca extinguirse por prescripción de éste. Inoportuna, si se refería a la suspensión de la prescripción de las servidumbres constituidas a favor del fundo hipotecado por la dote y por la ejecución de las capitulaciones matrimoniales, en cuanto sobrepasaba así con una excepción a las normas generales, los límites dentro de los cuales puede considerarse justificada la protección de los derechos de la mujer casada.

La sola alusión a la prescripción extintiva fue criticada como insuficiente para justificar la supresión del precepto, al tiempo que se defendió la permanencia de la imprescriptibilidad de la dote en consideración a su destino⁸⁵.

1.7.- Cambio del objeto

Como ya hemos ido viendo, bienes dotales son los que la mujer u otro por ella aporta expresamente bajo este título al marido. Por consiguiente, es necesario el destino expreso. Y como resulta de los arts. 2647 y 2685 C.C., también es necesaria

⁸⁴ Relación ministerial sobre el texto definitivo del Libro de la Tutela de los Derechos (nº 140), tomado de GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 436.

⁸⁵ GANGI, *Il matrimonio*, cit. pág. 437, evidenciando la casi nula atención prestada por la doctrina a esta cuestión. No obstante, FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 359, manifiesta su convicción de que la disposición constituía una verdadera anomalía que con razón había sido suprimida por el nuevo Código.

la inscripción del vínculo dotal, si se trata de inmuebles, naves, aeronaves o automóviles. De ello se desprende que si a las cosas dotales se añaden cosas nuevas, la dotalidad no se extiende a éstas. Sin embargo, si se trata de accesiones o de mejoras, la dotalidad sí se extiende.

Del principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales se deriva que el objeto de la dote no puede ser cambiado por voluntad del constituyente o de los cónyuges durante el matrimonio. Sin embargo, este principio sufre algunas excepciones por la aplicación del principio de la subrogación real, por la cual objetos que no han sido constituidos en dote llegan a ser dotales en lugar de otros que pierden dicha cualidad por enajenación u otra causa (arts. 1403 y 1406 C.C. 1865 y 183 y 189 C.C. 1942). En estos casos, por tanto, se verifica un cambio en el objeto. Ahora bien, esta variación también se produce en algunos casos con independencia de la voluntad de los esposos, así, por ejemplo, en caso de división de una cosa cuya cuota indivisa había sido constituida en dote o el pago por la expropiación por causa de utilidad pública de una cosa dotal.

1.8.- Garantías de la dote

1.8.1.- La hipoteca legal

Como ya hemos visto, el marido no está obligado a prestar caución por la dote que recibe, si no ha sido obligado a ello en el acto de constitución. Pero si durante el matrimonio se produce un cambio en el patrimonio del marido que ponga en peligro la dote, el Tribunal, a instancia de la mujer o del constituyente, puede ordenar las cautelas oportunas (arts. 1400 C.C. 1865 y 186, párr. 2º C.C. 1942). Con independencia de esas cautelas, la ley concede a la mujer una hipoteca legal sobre los bienes del marido no obstante cualquier pacto en contrario (arts. 1969 C.C. 1865 y 2817 C.C. 1942); hipoteca que, si no ha sido limitada a bienes determinados en el acto de constitución, se inscribe sobre todos los bienes que el marido tenga en el momento de la constitución o aumento de la dote.

La hipoteca legal surge para toda clase de dote, ya se trate de dote de cantidad o de dote en especie. Está sometida a los principios generales de la publicidad y de la especialidad, de manera que, para tener efecto, debe ser inscrita, sobre bienes

especialmente indicados y por una suma determinada de dinero.

La inscripción de la hipoteca la pueden pedir la mujer y el tercero constituyente de la dote, pero el marido y el notario están obligados a hacerlo en el plazo de 20 días a partir de la constitución (arts. 1982 C.C. 1865 y 2832 C.C. 1942).

Una vez inscrita la hipoteca, ésta no puede, durante el matrimonio, ser cancelada, restringida o postergada sino en los casos de necesidad o utilidad evidente, con el consentimiento de ambos cónyuges y con la autorización del Tribunal (art. 187 C.C. 1942). Este punto era debatido bajo la vigencia del Código de 1865⁸⁶, aunque en él no existía una norma como la del art. 2817-3º C.C. 1942, según la cual la mujer no puede renunciar a la hipoteca.

1.8.2.- La separación de la dote

1.8.2.1.- Cuestiones generales

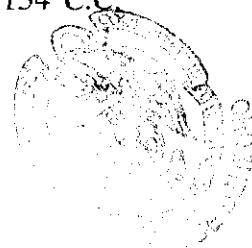
Una segunda medida de garantía de la dote consiste en la facultad otorgada a la mujer de pedir en algunos casos la separación de la dote de los bienes del marido (arts. 1418 C.C. 1865 y 202 C.C. 1942).

La separación de la dote no puede tener lugar sino mediante sentencia del Tribunal y a instancia de la mujer⁸⁷ o de sus acreedores con su consentimiento (arts. 1418 y 1421 C.C. 1865 y 202 y 205 C.C. 1942); en ningún caso pueden pedir la separación los constituyentes de la dote ni los herederos de la mujer⁸⁸. Esto significa que cualquier separación extrajudicial o restitución anticipada de la dote que se hiciere por acuerdo entre los cónyuges, sería absolutamente nula (arts. 1418, párr. 3º C.C. 1865 y 202, párr. 2º C.C. 1942).

⁸⁶ Véase COVIELLO, *Delle ipoteche*, Roma, 1936, págs. 163-165.

⁸⁷ Mientras estuvo vigente el instituto de la autorización, éste era uno de los supuestos que escapaban a la misma. La mujer no necesitaba ser autorizada, ni por el marido ni por el juez. No por el marido, inmerso en un conflicto de intereses con ella. Ni por el juez, porque éste no es uno de los actos enumerados en el art. 134 C.C. (PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., págs. 97-98).

⁸⁸ BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit., págs. 379 y 382.



La demanda puede ser interpuesta por la mujer aunque ésta haya abandonado el domicilio conyugal, y viva separada del marido, siempre y cuando la separación personal haya sido pronunciada por culpa del marido (arts. 1418, párr. 2º C.C. 1865 y 202, párr. 1º, *in fine* C.C. 1942).

La demanda de separación se debe entablar siempre contra el marido, incluso aunque éste haya quebrado. Además, si el marido ha quebrado, la mujer puede pedir la separación de la dote sin necesidad de probar la existencia de los hechos a los que la ley subordina el ejercicio de este derecho⁸⁹.

Los acreedores del marido pueden intervenir en el juicio para oponerse a la demanda de separación (arts. 1422 C.C. 1865 y 206 C.C. 1942), pero no deben ser citados.

La separación se opera siempre por toda la dote, es decir, tal cual es jurídicamente en el momento en que se pide la separación, aunque sólo corra peligro una parte, pues no es posible que una porción de la misma quede en manos del marido y que otra porción pase a manos de la mujer⁹⁰.

Por último, una vez dictada la sentencia de separación, que aunque es constitutiva retrotrae por ministerio legal sus efectos al día de la presentación de la demanda, su eficacia queda supeditada a la ejecución de hecho por las partes. Según los arts. 1419 C.C. 1865 y 203 C.C. 1942 la sentencia permanece sin efecto –para los cónyuges y para los terceros– si no es notificada dentro de 60 días desde su publicación y no es cumplida dentro de 60 días desde que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, mediante acto público con la satisfacción real de los derechos correspondientes a la mujer hasta la concurrencia de los bienes del marido o si, al menos en este último plazo, la mujer no ha propuesto y proseguido las instancias correspondientes.

El fundamento de esta disposición está en la necesidad de tutelar el interés de

⁸⁹ DE PIRRO, "I rapporti patrimoniali...", cit., pág. 321.

⁹⁰ Véase, por todos, GANGI, *Il matrimonio*, cit. pág. 445.

los terceros, los cuales deben saber si se ha efectuado o no la satisfacción real de los derechos pertenecientes a la mujer.

1.8.2.2.- Causas

Las causas por las que puede pedirse la separación de la dote están, según la jurisprudencia, taxativamente enumeradas en los arts. 1418 C.C. 1865 y 202, párr. 1º C.C. 1942⁹¹, que disponen que la mujer puede pedir la separación: 1º) cuando se encuentra en peligro de perder la dote; 2º) cuando el desorden de los negocios del marido haga temer que sus bienes no sean suficientes para satisfacer los derechos de la mujer; 3º) cuando se ha pronunciado la separación personal de los cónyuges por culpa del marido, y 4º) cuando el desorden de los negocios del marido haga temer que los frutos de la dote sean distraídos de su destino. Este último supuesto no estaba previsto en el Código de 1865 pero, no obstante, la doctrina y la jurisprudencia lo admitían, subsumiéndolo en el segundo caso⁹².

Los supuestos 1º, 2º y 4º tienen un mismo fundamento: el deseo de conservar la dote o, si se quiere, de no perderla. El tercero tiene un motivo totalmente distinto, lo que se persigue es retirar al marido culpable la administración y disfrute de la dote.

1.8.2.3.- Derechos de los acreedores del marido

Los acreedores del marido pueden intervenir en el juicio de separación para oponerse a la demanda de la esposa, o hacer oposición contra la sentencia que se pronuncie (art. 1422 C.C. 1865), añadiendo una tercera posibilidad el art. 206 C.C. 1942: intentar la acción revocatoria contra la separación pronunciada y ejecutada.

El interés de los acreedores del marido se centra en que no se produzca la separación para que los frutos de la dote le sigan perteneciendo, y ellos puedan embargarlos, y tratándose de dote de cantidad, para que el esposo no se vea

⁹¹ TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 311.

⁹² BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit., págs. 386-387; PAOLI, *Del matrimonio...*, cit., pág. 93.

constreñido a satisfacer los derechos de crédito de la mujer, de forma que disminuyan sus propios haberes. Pero este interés no puede prevalecer sobre el de la mujer, cuando ésta tenga derecho a obtener la separación.

El crédito que legitima la acción del tercero puede ser simplemente eventual, tal y como tiene sentado la jurisprudencia⁹⁴, y no necesita ser anterior a la demanda de separación pues, aunque lo fuese, existiría un legítimo interés en impedir una separación improcedente⁹⁵.

1.8.2.4.- Efectos

Los efectos de la separación, contenidos en los arts. 1423 y 1424 C.C. 1865, se reproducen en los arts. 207 y 208 del Código unificado. Según estos preceptos, la mujer que ha obtenido la separación de la dote queda obligada a contribuir, en proporción a sus medios y a los del marido, al mantenimiento de la familia y a la educación de los hijos; tiene la libre administración de la dote, la cual permanece inalienable, y las cantidades que la mujer perciba en satisfacción de la misma son dotales, pudiendo ser autorizada su enajenación por el juez aunque el marido no dé su consentimiento.

La consecuencia del dictado de estos preceptos es que la separación de la dote hace pasar el derecho de administración y disfrute de los bienes dotales de las manos del marido a las de la mujer; pero el vínculo dotal permanece, así como el fin al que la dote está destinada. La desaparición del derecho de administración y disfrute del marido no significa que pierda la facultad de concurrir a la enajenación de la dote, pero en caso de negativa por su parte, su consentimiento se sustituye de forma excepcional por la autorización judicial, y tampoco pierde el derecho de hacer declarar nula la enajenación de la dote realizada sin haber sido consentida en el acto de constitución o autorizada por el Tribunal.

⁹⁴ TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 316.

⁹⁵ En contra, BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit., pág. 432; DE PIRRO, "I rapporti patrimoniali...", cit., pág. 325.

Los acreedores de la mujer no pueden expropiar cosas de las que su deudora no tiene en absoluto la disponibilidad. Pero esto no es aplicable a los frutos de los bienes dotales, los cuales aumentan la garantía de los acreedores de la esposa pues, separada la dote, los frutos los adquiere la mujer, pasando a ser embargables por sus acreedores, como antes de la separación lo eran por los del marido.

El Código de 1865 no contenía ninguna norma sobre la cesación de los efectos de la separación, y por ello la doctrina y la jurisprudencia discutían si la separación de la dote, una vez pronunciada, era definitiva. Algunos sostenían que la reanudación era imposible; otros, en cambio, opinaban que podía cesar mediante sentencia, a instancia de la mujer, y otros, admitían que cuando hubiese tenido lugar como consecuencia de la separación personal de los cónyuges, debía cesar *ipso iure* con su reconciliación⁹⁶.

Precisamente para resolver esta discusión se introdujo en 1942 la disposición del art. 209, según el cual por voluntad de ambos cónyuges, y tras auto de autorización del Tribunal, la dote puede ser confiada de nuevo al marido. La nueva entrega debe ser hecha por documento público, y desde la fecha de éste cesan los efectos de la separación. En ese caso, los acreedores de la mujer pueden instar la acción revocatoria contra la misma cuando concurren los requisitos de dicha acción.

1.9.– Restitución de la dote

1.9.1.– Cuestiones generales

Habida cuenta de que el fin de la dote es sostener las cargas del matrimonio, disuelto éste, la dote pierde su fin y cesa el vínculo que pesaba sobre los bienes dotales, que deben ser entregados a la mujer o a sus herederos.

El objeto de la restitución, el tiempo y el modo son diferentes según se trate de dote en especie o de dote de cantidad. Los obligados a la restitución son el marido o sus herederos. La restitución debe ser hecha a la mujer o a sus herederos. Cuando

⁹⁶ Véanse al respecto BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, cit., págs. 399–401, y TEDESCHI, *I rapporti patrimoniali...*, cit., pág. 580.

estos últimos son los hijos menores, sujetos a la patria potestad del padre, que debe restituir la dote, el mismo debe entregarla al curador especial nombrado para los hijos. Si la menor de edad es la mujer, deberá estar asistida por el padre o la madre o, en su defecto, por otro curador nombrado por el juez tutelar.

La obligación de restitución presupone que la dote haya sido entregada al marido. Según las reglas generales, la prueba de haber realizado la entrega, si no resulta del acto de constitución, recae sobre quien pretende la restitución. Pero el art. 197 C.C. 1942, correspondiente al 1414 C.C. 1865, establece una excepción a esta regla, disponiendo que si el matrimonio se disuelve después de 10 años de transcurridos los plazos establecidos para el pago de la dote y la mujer no era la deudora de la misma, ella o sus herederos pueden exigirla del marido o de sus herederos, salvo que se pruebe que la falta de pago no ha sido por culpa del marido.

El art. 197 C.C. no contiene una presunción de pago de la dote, sino una presunción *iuris tantum* de culpa del marido, enervable por la prueba en contrario establecida por el marido o sus herederos de que la falta de pago no ha sido por culpa suya.

Bajo la vigencia del Código de 1865 se admitía que, aunque el marido fuese responsable de la falta de pago, podía actuar incluso después de transcurrido el decenio contra el deudor de la dote, sin que éste pudiese oponerle la pretendida prescripción verificada, que era la ordinaria de 30 años⁹⁷. Pero durante la vigencia del Código de 1942 ya no es admisible esta solución, puesto que la prescripción ordinaria es la de 10 años (art. 2946 C.C.).

1.9.2.- De la dote en especie

Puesto que en este caso la titularidad de los bienes seguía en manos de la mujer, el marido o sus herederos no están obligados más que a restituir la posesión de los mismos. Objeto de esta restitución son todos los bienes constituidos en dote, sea antes o después del matrimonio, muebles o inmuebles, derechos reales o de crédito, así

⁹⁷ Véase TEDESCHI, *I rapporti patrimoniali...*, cit., págs. 549-550.

como todos los bienes dotales por subrogación.

Los bienes dotales se restituyen en el estado en que se encontraban al momento de la disolución del matrimonio, con todos los aumentos y con todas las pérdidas y deterioros sufridos, siempre y cuando éstos no sean imputables al marido por falta de la diligencia debida (art. 1921 C.C. 1942). Para los bienes muebles la norma está expresamente establecida en el art. 195 C.C., que reproduce el art. 1411 C.C. 1865, según el cual si los muebles cuya propiedad ha quedado a la mujer se han consumido con el uso o sin culpa del marido, éste no está obligado a restituir más que los remanentes. Una norma semejante se encontraba en el art. 1412 C.C. 1865 para los capitales o rentas constituidos que hubieran sufrido pérdidas o disminución no imputables a negligencia del marido; disposición ésta suprimida por superflua por el Código unificado.

En cuanto al tiempo de la restitución, los arts. 1409 C.C. 1865 y 193 C.C. 1942 coinciden en señalar que debe efectuarse sin dilación a la disolución del matrimonio.

1.9.3.- De la dote de cantidad

Puesto que en este segundo caso la propiedad de los bienes constituidos en dote ha pasado al marido, éste o sus herederos están obligados a restituir a la mujer o a sus herederos el equivalente en dinero, o si se trataba de cosas fungibles, otro tanto de la misma especie y calidad o su valor al tiempo de la disolución del matrimonio. Y si la dote está constituida por cosas muebles estimadas sin la declaración de que la estimación no atribuye la propiedad al marido, o por cosas inmuebles con la declaración expresa de que la estimación atribuye su propiedad al marido, éste o sus herederos están obligados a restituir el precio de la estimación.

A diferencia de lo que ocurre con la dote en especie, la restitución de la de cantidad no puede pedirse hasta pasado un año de la disolución del matrimonio (arts. 1410 C.C. 1865 y 194 C.C. 1942). La dilación se fundamenta en que al ser propietario de los bienes el marido, ha podido enajenarlos y emplear lo obtenido, y como no es previsible cuándo pueda disolverse el matrimonio, no se ha querido obligarle a

enajenar inmediatamente sus bienes, pues ésta enajenación podría hacerse en condiciones desventajosas e incluso completamente ruinosas.

2.- Régimen de sociedad de gananciales

2.1.- Origen y caracterización

Según el Código de 1865 la sociedad de gananciales debía ser estipulada en las capitulaciones matrimoniales y, por consiguiente, antes de la celebración del matrimonio (art. 1433 y 1382), sin que pudiera pactarse su comienzo en un momento distinto al de la celebración del matrimonio. Con el Código unificado la sociedad de gananciales sigue siendo un régimen convencional y debe, por tanto, establecerse por acto público. Pero a diferencia de lo dispuesto en 1865, ahora puede pactarse también durante el matrimonio, firme en todo caso la inalterabilidad de las convenciones anteriores (art. 215 C.C.).

Como establece el art. 216 C.C. 1942, los esposos pueden regular con pactos especiales la comunidad, a falta de los cuales se aplican las disposiciones relativas a la comunidad en general. Pero en todo caso deben observarse las normas inderogables del régimen. Así pues, la sociedad de gananciales se rige por las disposiciones imperativas del Código, por los pactos capitulares y, en defecto de éstos, por las reglas de la comunidad. En este punto el Código unificado se aparta del de 1865, cuyo art. 1434 remitía, en defecto de capitulaciones, al contrato de sociedad.

La constitución de la comunidad, como pacto capitular que es, no sólo debe ser hecha en documento público, sino que si tiene por objeto bienes inmuebles o bienes muebles registrados, debe ser inscrita a cargo de los cónyuges (arts. 2647 y 2685 C.C. 1942). Y si con las ganancias se realizan adquisiciones, el vínculo de la comunidad debe inscribirse a medida que se van adquiriendo los nuevos bienes (art. 2647, párr. 21 C.C. 1942), pues la falta de inscripción acarrea la inoponibilidad del vínculo a los terceros.

Al adoptar el régimen de gananciales, el legislador italiano, al tiempo que prohibía la comunidad universal de bienes, limitó el contenido de la comunidad a los beneficios y las adquisiciones (arts. 1433 C.C. 1865 y 215 C.C. 1942).

2.2.– Las masas patrimoniales

En el régimen de gananciales hay que distinguir tres patrimonios: el ganancial y los privativos del marido y la mujer.

Bienes gananciales: según disponen los arts. 1435 y 1436 C.C. 1865 y 217 C.C. 1942 son comunes el goce de los bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros de los cónyuges y las adquisiciones hechas durante la comunidad por uno u otro cónyuge por cualquier título, ya sean frutos del trabajo o del patrimonio, excepción hecha de los procedentes de donación o herencia.

Qué se entienda por goce de los bienes muebles e inmuebles es una cuestión debatida durante la vigencia de ambos Códigos. Durante la del de 1865 la opiniones iban de la identificación con el usufructo⁹⁸ a la diferenciación absoluta con el mismo⁹⁹. Durante la del de 1942 la opinión mayoritaria se decanta por la no asimilación con el usufructo, pues el derecho de goce no implica la pérdida de la libre disponibilidad de los bienes por el cónyuge propietario ni la prohibición de expropiabilidad de los mismos por parte de los acreedores particulares de aquél¹⁰⁰.

Bienes privativos: los que pertenecían a los cónyuges a la celebración del matrimonio; los que adquirieran constante el régimen por donación o herencia; los subrogados de estas dos categorías, con tal que ello resulte expresamente del acto de constitución; los derechos intransmisibles por negocio jurídico¹⁰¹ y los derechos personalísimos. Bienes, todos ellos, sobre los cuales cada cónyuge conserva la libre administración, disfrute y disposición.

Tras establecer los arts. 1437 C.C. 1865 y 228 C.C. 1942 el deber de realizar una descripción auténtica de los bienes muebles presentes, estos mismos preceptos

⁹⁸ DE RUGGIERO, *Instituciones...*, II, cit. pág. 822.

⁹⁹ TEDESCHI, *I rapporti patrimoniali...*, cit., pág. 611.

¹⁰⁰ Véase, por todos, TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., págs. 362–364.

¹⁰¹ Véase FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 386.

añaden que, a falta de tales descripciones o de otro documento auténtico, los bienes muebles existentes en la comunidad al momento de la disolución se presumen gananciales.

2.3.- La gestión de los bienes

2.3.1.- Facultades del marido

Según el art. 220 C.C. 1942, que reproduce el art. 1438 C.C. 1865, sólo el marido, como el cabeza de familia que es¹⁰¹, puede administrar los bienes de la comunidad y comparecer en juicio por las acciones que se refieren a la misma. Pero no puede, salvo a título oneroso, enajenar o hipotecar los bienes cuya propiedad entra en la comunidad. A ello añade el art. 221 C.C. 1942 (art. 1439 C.C. 1865) que a los arrendamientos hechos por el marido de los bienes de la mujer, cuyo goce tiene la comunidad, les son aplicables las normas establecidas para los arrendamientos hechos por el usufructuario.

Respecto a los bienes que entran en comunidad, el poder es muy amplio, lo que ha sido duramente criticado por la doctrina, considerándolo una reliquia histórica que ya no tiene justificación¹⁰². Puede realizar actos materiales de administración sin estar obligado a mantener intacto el destino económico de las cosas¹⁰³, salvo el derecho de la mujer a pedir la separación de los bienes si tal cambio constituye un acto de mala administración (arts. 1442 C.C. 1865 y 226 C.C. 1942); puede percibir los frutos naturales y civiles; arrendar por más de 9 años los bienes; personarse en juicio; disponer de los bienes a título oneroso, enajenándolos, o constituyendo sobre ellos derechos reales de garantía sin necesidad del consentimiento de la mujer ni de la autorización judicial.

Respecto a los bienes cuya propiedad conservan los esposos, el poder de administración es más reducido, al menos en lo que se refiere a los bienes de

¹⁰¹ DE RUGGIERO, *Instituciones...*, II, cit., pág. 825.

¹⁰² FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 387; GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 533.

¹⁰³ Véase GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 533.

propiedad de la mujer. En cuanto a los que son de su propiedad, el poder es amplísimo, pues lo que no podía hacer como administrador sí puede hacerlo como propietario.

Sobre los bienes de propiedad de la mujer el marido tiene los mismos derechos que sobre los que son propiedad de la comunidad, pero con la diferencia de que sobre los de la mujer no tiene el derecho de disposición, ni siquiera a título oneroso; derecho que le corresponde a ella a pesar de que los bienes estén sujetos al goce de la comunidad (arts. 1438 C.C. 1865 y 220 C.C. 1942), estando admitido que, lo mismo que es posible sustraer por pactos capitulares al goce de la comunidad algunos bienes, se pueda establecer que ciertos bienes sigan siendo administrados por la mujer, aun correspondiendo sus beneficios a la comunidad¹⁰⁵.

Si el marido excede el límite de sus poderes o abusa de ellos, la mujer puede pedir la separación judicial de los bienes por mala administración y, por tanto, la disolución de la comunidad, concediéndosele también el derecho a renunciar a la comunidad (arts. 1444 C.C. 1865 y 227 C.C. 1942). En el caso de que el marido enajene los bienes propios de ella, ésta tiene, además, el derecho de reivindicarlos (arts. 1442 C.C. 1865 y 226 C.C. 1942).

2.3.2.- Transferencia a la mujer

El art. 222 C.C. 1942, introduciendo una norma que no existía en el Código de 1865, dispone que en caso de alejamiento u otro impedimento del marido y, por tanto, también en caso de ausencia, inhabilitación o interdicción del mismo, la mujer puede ser autorizada por el Tribunal cuando sea necesario en interés de la comunidad a asumir temporalmente la administración, y en los casos de necesidad o utilidad evidente, puede también ser autorizada a realizar actos de enajenación con las cautelas que el Tribunal juzgue oportuno establecer.

Dada la analogía del art. 222 C.C. con el 185, sobre la dote, nos remitimos a

¹⁰⁵ Véanse FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 389 y TEDESCHI, *I rapporti patrimoniali...*, cit., pág. 731.

lo ya expuesto¹⁰⁶.

2.4.– Deudas de la comunidad

El art. 223 C.C. 1942 establece que los bienes comunes responden de todos los pesos y cargas que los graven al momento de la adquisición, de todas las cargas de la administración, incluso respecto a los bienes cuyo goce tiene la comunidad, de los gastos para el mantenimiento de la familia y de las obligaciones de alimentos debidas por ley por uno u otro esposo. A continuación, el art. 224 C.C. añade que los bienes comunes responden también de todas las obligaciones del marido posteriores a la constitución de la comunidad y de las contraídas por la mujer en el mismo periodo en el sentido del artículo anterior. No responden, en cambio, de las obligaciones, sean del marido, sean de la mujer, anteriores a la constitución de la comunidad, quedando a los acreedores la facultad de actuar sobre los bienes de su deudor aunque el goce de los mismos haya sido conferido a la comunidad.

Con estos dos preceptos el Código unificado llena la laguna existente en el Código de 1865, cuyo art. 1436 hablaba de deudas de la comunidad, pero sin determinar cuáles fuesen, mientras que el art. 1435 sólo se refería a ellas genéricamente, para establecer que no podían comprenderse en la comunidad ni el activo ni el pasivo de los cónyuges ni lo que les fuese entregado por donación o herencia constante el régimen.

2.5.– Deudas privativas

Por el contrario, no pesan sobre los bienes gananciales, sino sobre los privativos de cada esposo, las deudas contraídas por cualquiera de ellos antes de la constitución de la comunidad; las contraídas por la mujer con posterioridad a tal constitución, siempre que no actúe en su calidad de administradora, y, por último, las deudas inherentes a los bienes adquiridos por los cónyuges a título de donación o herencia.

¹⁰⁶ Véase supra apdo. V, 1.5.3.

2.6.- Liquidación de las deudas y protección de los acreedores

En las relaciones de los cónyuges entre sí, las deudas de las que responde la comunidad han de dividirse en proporción a las cuotas respectivas, ya sean éstas por mitad o en proporciones desiguales, prohibiendo la ley cualquier pacto por el que uno de los cónyuges venga obligado a contribuir con una porción superior a la que le corresponde en el activo (art. 219 C.C. 1942).

En lo que a los acreedores comunes se refiere, mientras existe la comunidad, los acreedores de la misma tienen un derecho exclusivo sobre los bienes gananciales, pero también pueden satisfacer sus créditos subsidiariamente sobre los bienes privativos del cónyuge que ha contraído la deuda, mientras que sobre los del otro podrán actuar subsidiariamente sólo después de la disolución de la comunidad y en los límites en que la deuda deba ser soportada por esos bienes¹⁰⁶.

Bajo el Código de 1865 se reconocía que una vez disuelta la comunidad los acreedores de ésta seguían teniendo un derecho de preferencia sobre los acreedores particulares de cada cónyuge. Y ello se hacía sobre la base del último inciso del art. 1436 C.C., que declaraba las adquisiciones de los cónyuges comunes y divisibles, "pero detraídas siempre las deudas de la comunidad". Principio que, desaparecida la norma, no parece que deba seguirse admitiendo¹⁰⁷.

En cuanto a los acreedores particulares de los cónyuges, éstos sólo pueden actuar contra los bienes propios del cónyuge deudor, aunque el goce haya sido de la comunidad, no pudiendo actuar sobre la porción de los bienes comunes correspondiente a su deudor hasta después de la división. Pero los acreedores particulares del marido pueden dirigirse también sobre los bienes comunes por las

¹⁰⁶ Parcialmente en contra, admitiendo veladamente la responsabilidad directa y principal de los patrimonios privativos, TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 386.

¹⁰⁷ TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 387. En contra, FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 391.

deudas contraídas por él después de la constitución de la comunidad¹⁰⁸.

2.7.- La disolución del regimen

La comunidad se disuelve por la muerte o por la declaración de ausencia de alguno de los cónyuges, por la separación personal y por la separación judicial de los bienes (arts. 1441 C.C. 1865 y 225 C.C. 1842). Esta enumeración legal es taxativa y, al igual que en el régimen dotal, toda separación extrajudicial es nula. Sin embargo, bajo la vigencia de ambos Códigos se discutía si la declaración en quiebra de uno de los cónyuges se debía considerar como causa de disolución, prevaleciendo la solución afirmativa¹⁰⁹.

Disuelta la comunidad, deja de tener efecto, y en tanto se hace la división existe una comunidad ordinaria. En particular, al cesar la comunidad: cesan los poderes de administración del marido; los frutos de los bienes privativos no se hacen comunes; las adquisiciones de los cónyuges son privativas; las deudas contraídas por los cónyuges ya no son responsabilidad de la comunidad; los acreedores de la comunidad siguen teniendo derecho a satisfacer sus créditos sobre los bienes comunes y sobre los privativos del esposo que contrajo la deuda; los acreedores particulares de cada cónyuge pueden ejecutar sus créditos, además de sobre los bienes privativos de su deudor, sobre los que ya pertenecen a la comunidad, salvo el derecho de preferencia de los acreedores comunes, y los deudores de la comunidad deben pagar sus deudas a cada cónyuge según la porción de los bienes comunes que le corresponda.

Ahora bien, si la mujer ejerce su facultad de renuncia a la comunidad (arts. 1444 C.C. 1865 y 227, párr. 2º C.C. 1942), la disolución no produce el nacimiento de la comunidad ordinaria, sino que se procedería a una atribución íntegra de los bienes y las deudas de la misma al marido. Y si la disolución fuese por muerte de uno de los esposos y el único heredero fuese el cónyuge supérstite, la solución sería la misma:

¹⁰⁸ GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 541.

¹⁰⁹ BONELLI. "La natura giuridica della comunione legale dei beni", en *Riv. dir. comm.*, 1920, I, págs. 422 y ss., pag. 438; FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 393; GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 545. En contra, TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, 392.

no hay comunidad ordinaria, sino atribución íntegra al superviviente.

Cuando no existe renuncia o fallecimiento se llega a la división de la comunidad. Según disponen los arts. 1440 C.C. 1865 y 227 C.C. 1942, el activo y el pasivo se dividen en partes iguales, salvo que se hubiera pactado en las capitulaciones matrimoniales una participación distinta.

Proceda o no proceda la división, la cual se regula por las normas que valen para la división de la herencia y para la de la comunidad ordinaria de bienes, los cónyuges tienen derecho a retirar de la masa común los bienes muebles que les pertenecían antes de entrar en vigor la comunidad. La prueba de la pertenencia de los bienes que se quieren separar debe resultar de la descripción auténtica que deben hacer los cónyuges (arts. 1437 C.C. 1865 y 228 C.C. 1942). Pero esta prueba sólo es válida en las relaciones de los esposos entre sí; la separación no puede llevarse a cabo en perjuicio de terceros, a falta de descripción o de otro título de propiedad con fecha cierta. Sin embargo, queda a salvo el derecho de repetición de la mujer o sus herederos sobre la porción de comunidad correspondiente al marido (arts. 1445, párr. 2º C.C. 1865 y 230 C.C. 1942). Además, si los bienes muebles que se pueden separar no se encuentran ya porque han sido consumidos por el uso o han perecido por caso fortuito, la mujer o sus herederos no pueden reclamar su valor probando el montante de los mismos; pero si, por el contrario, no se ha probado que se consumieron por el uso o que perecieron fortuitamente, la mujer o sus herederos pueden repetir su valor probando el montante de los mismos (arts. 1445, párr. 3º C.C. 1865 y 229 C.C. 1942).

Por último, el art. 1443 C.C. 1865 disponía que si, disuelta la comunidad, los cónyuges querían después restablecerla, podían hacerlo mediante acto público. Al admitir el Código unificado la constitución de la comunidad incluso durante el matrimonio, no ha reproducido la norma del art. 1443, en cuanto que de esa admisión se desprende la facultad de reconstitución¹¹¹.

¹¹¹ GANGI, *Il matrimonio*, cit, pág. 549; TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 393.

3.- El patrimonio familiar

3.1.- Concepto y constitución

Este régimen representa una importante novedad introducida por el Código unificado. No existiendo una medida similar en el Código de 1865, se incorpora para asegurar la prosperidad económica de la familia¹¹². Su denominación, patrimonio familiar, sirve para indicar la finalidad social de la institución.

El patrimonio familiar es un conjunto de bienes, constituidos como tal, perteneciente al titular del mismo, que se distingue del resto de su patrimonio por su función y por las normas que la ley dicta para su protección, durando hasta que todos los hijos han llegado a la mayoría de edad.

3.1.1.- Tiempo, forma y persona del constituyente

La constitución del patrimonio familiar se puede hacer antes o durante el matrimonio; pueden constituirlo un cónyuge o los dos por acto público o un tercero por acto público o por testamento¹¹³.

Si la constitución la hace un tercero, la puede hacer mediante transferencia de la propiedad de los bienes, o conservando la propiedad de los mismos y, para el caso de duda, la ley dispone que la constitución se interpreta con transferencia de la propiedad (art. 168, párr. 1º C.C.).

Si la constitución la hace uno de los cónyuges, no implica transferencia de los bienes. Habría transferencia si el constituyente quisiera poner el patrimonio familiar a nombre del otro o de los dos, pero en tal caso el cónyuge transferente sería un

¹¹² El proceso legislativo de este nuevo instituto puede verse en GANGI, *Il matrimonio*, cit., págs. 474-481.

¹¹³ La posibilidad de que la constitución sea hecha por un tercero por testamento ha sido criticada, poniendo de manifiesto la inexactitud de la formulación, pues el testador puede dejar a uno u otro cónyuge bienes para la constitución del patrimonio familiar, pero la constitución no tiene lugar más que con el acto público que deben otorgar los esposos (FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 377).

donante, y, por tanto, el negocio no sería posible, cuando menos hasta la declaración de inconstitucionalidad de la prohibición de donaciones entre cónyuges, más que antes de la celebración del matrimonio (art. 781 C.C.).

A juicio de la doctrina, a diferencia de lo que sucede con el tercero, los cónyuges no pueden reservarse la titularidad de los bienes, constituyendo el patrimonio familiar sobre su goce¹¹³.

La constitución por parte de un tercero es siempre donación, salvo que existiera una obligación preexistente¹¹⁴. Frente al art. 785 C.C., según el cual la donación por razón de matrimonio se perfecciona sin necesidad de aceptación, el art. 171 C.C. dispone que la constitución del patrimonio familiar hecha por un tercero se perfecciona con la aceptación de los cónyuges contemplados en el acto constitutivo. Como donación por razón de matrimonio, la constitución hecha por un tercero es irrevocable por causa de ingratitud o de superveniencia de hijos (art. 805 C.C.).

Según dispone el art. 168, párr. 2º C.C., el tercero que constituye el patrimonio familiar está obligado a la garantía en los mismos límites que lo está el constituyente de la dote, siendo reproducibles las mismas consideraciones¹¹⁵.

3.1.2.– Objeto y publicidad

A diferencia de lo que ocurre con la dote, no todos los bienes pueden ser objeto del patrimonio familiar. El art. 167, párr. 1º lo limita a "determinados bienes inmuebles o títulos de crédito". Así, si se constituyese en patrimonio una herencia entera o una cuota de la misma, los otros bienes se entenderían transmitidos sin el vínculo del patrimonio familiar¹¹⁶.

¹¹³ TEDESCHI, *El régimen patrimonial de la familia...*, cit., pág. 89.

¹¹⁴ Sobre la obligación natural del progenitor véase MOSCO, *Il patrimonio familiare nel nuovo codice civile italiano*, Roma, 1939, págs. 47-48.

¹¹⁵ Véase supra apdo. V, 1.4.4.

¹¹⁶ MOSCO, *Il patrimonio familiare...*, cit., pág. 42.

La constitución del patrimonio familiar no puede comprender bienes futuros del constituyente. Si la constitución implica donación, ello se deduce de la norma general del art. 771 C.C., y si no la implica, se aplica analógicamente la prohibición de constituir en dote bienes futuros (art. 179 C.C.)¹¹⁷.

La eficacia del vínculo respecto a terceros está subordinada a su publicación e inscripción. El art. 169 C.C. dispone que el acto de constitución debe inscribirse si se refiere a bienes inmuebles. Los títulos de crédito deben ser vinculados convirtiéndolos en nominativos con anotación del vínculo o en otro modo idóneo; la inalienabilidad de los bienes que constituyen el patrimonio familiar no es oponible a los acreedores cuyo derecho ha nacido con anterioridad a la inscripción del acto o a la constitución del vínculo sobre los títulos de crédito; si la constitución se hace por un tercero, la inalienabilidad es oponible a los acreedores del cónyuge al que se atribuye la propiedad de los bienes. El art. 2647 C.C. recalca que la constitución debe ser inscrita, si tiene por objeto bienes inmuebles, a cargo del cónyuge titular del patrimonio familiar; agregando que la constitución no se puede oponer a terceros mientras no está inscrita, firme la disposición del art. 169 C.C.

3.2.- Administración

El art. 173 C.C. dispone que la administración de los bienes que constituyen el patrimonio familiar corresponde al cónyuge que tiene su propiedad; si ésta pertenece a ambos esposos o bien a persona diversa de éstos, la administración corresponde al cónyuge designado por el constituyente o, en defecto de designación, al marido.

Durante el matrimonio puede producirse la sustitución del cónyuge administrador por dos motivos: no estar en condiciones de atender convenientemente dicha administración, o porque descuide proveer con los frutos de los bienes al interés de la familia (art. 174 C.C.). Con esta disposición se tiende, evidentemente, a asegurar que los bienes sean debidamente administrados y que los frutos se empleen según su destino¹¹⁸.

¹¹⁷ TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 93.

¹¹⁸ MOSCO, *Il patrimonio familiare...*, cit., pág. 59.

Disuelto el matrimonio, si no cesa el vínculo sobre los bienes que constituyen el patrimonio familiar por haber hijos menores de edad (art. 175 C.C.), se plantea el problema de a quién corresponde la administración. Si el cónyuge supérstite es el mismo que tiene, sólo él, la propiedad de los bienes, sigue administrándolos y, también si, de no serlo, es el que designó como administrador el constituyente o es el marido y no hubo designación¹¹⁹. Si faltan ambos padres y no ha sido hecha designación alguna por el constituyente o por el cónyuge supérstite, la administración corresponde al mayor de los hijos (art. 176 C.C.)¹²⁰.

En lo que a la delimitación de los poderes del administrador se refiere, el art. 173, párr. 3º C.C. se limita a disponer que "el cónyuge que administra los bienes cuya propiedad corresponde a otros, tiene las obligaciones que están a cargo de un usufructuario"; asimilación que, a juicio de la doctrina, es la misma que la ley hace a propósito de la dote¹²¹, pero con una importante diferencia, el administrador del patrimonio familiar no puede cambiar el destino económico de la cosa¹²².

3.3.- Inalienabilidad e inexpropiabilidad

El art. 167, párr. 2º C.C. dice que "la constitución del patrimonio familiar implica la inalienabilidad de los bienes y el destino de los frutos en beneficio de la familia".

La inalienabilidad, al igual que en materia de dote, se toma en sentido amplio, es decir, de indisponibilidad¹²³.

Respecto de la enajenación el art. 170, párr. 1º C.C. establece que "el Tribunal puede autorizar en caso de necesidad la enajenación de los bienes que constituyen el

¹¹⁹ TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 97.

¹²⁰ Véase al respecto GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 514.

¹²¹ Véase TEDESCHI, *El régimen patrimonial...*, cit., pág. 99.

¹²² MOSCO, *Il patrimonio familiare...*, cit., pág. 54.

¹²³ Véase supra apdo. V, 1.6.

patrimonio familiar, cuya propiedad pertenezca a uno o a ambos cónyuges. Puede, además, autorizar la enajenación en caso de utilidad evidente, determinando las modalidades para el empleo que haya de darse al precio".

Excluido el pacto de alienabilidad y dada la posible duración del patrimonio familiar después de la disolución del matrimonio, la doctrina se inclina por reconocer que esta inalienabilidad es más rigurosa que la de la dote, de manera que el juicio del Tribunal tendría que ser más restrictivo¹²⁴, siendo, por lo demás, reproducibles las consideraciones hechas en materia de dote¹²⁵.

En lo que a la inexpropiabilidad se refiere, el art. 169, párr. 3º C.C. dispone que la inalienabilidad no es oponible a los terceros cuyo derecho ha nacido antes de la inscripción del vínculo.

Sentada la inexpropiabilidad de los bienes que constituyen el patrimonio familiar, y al igual que ocurre para con la dote, se establece a continuación la expropiabilidad de los frutos del patrimonio familiar, si bien con un límite: "la ejecución sobre los frutos de los bienes que constituyen el patrimonio familiar no puede tener lugar por deudas que el acreedor sabía que habían sido contraídas con fines ajenos a las necesidades de la familia" (art. 170, párr. 2º C.C.).

3.4.- Cesación del vínculo

Disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, el patrimonio familiar, si no hay hijos menores de edad, ha cumplido su función de servir a la tutela económica de la familia y, por tanto, no tiene ya razón de ser. De lo contrario, es decir, si existieran hijos menores, perduraría hasta la llegada a la mayoría de edad del último de los hijos (art. 175, párr. 1º C.C.).

También puede haber cesación del vínculo si a la muerte del cónyuge propietario de los bienes, éstos forman parte de la cuota de la legítima. En este caso,

¹²⁴ MOSCO, *Il patrimonio familiare...*, cit., pág. 86.

¹²⁵ Véase supra apdo. V, 1.6.1.

la autoridad judicial, cuando concurren razones de necesidad o de utilidad evidente para los hijos mayores de edad, puede disponer que sea parcialmente disuelto el vínculo, de manera que dichos hijos obtengan la parte que les corresponde sobre la cuota de la legítima (art. 175, párr. 2º C.C.). Con esta norma se viene a conciliar, llegado el caso, el interés de los hijos mayores con el de los menores¹²⁷.

B) LA REFORMA LEGISLATIVA DE 1975

I.- INTRODUCCION

La mayoría de la doctrina italiana conviene en que uno de los motivos inspiradores de la reforma fue el hacer realidad la deseada equiparación jurídica del varón y la mujer, caballo de batalla del movimiento de liberación de la mujer. Pero sin que fuera el único. Junto a él concurren los cambios en la concepción misma de la familia y la transformación de las grandes fortunas inmobiliarias en mobiliarias¹²⁸.

Partiendo de la defensa constitucional de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges (arts. 29-31 Constitución de 1947), plasmada en la declaración de inconstitucionalidad de numerosos preceptos reguladores del derecho de familia, del Código de 1942, el legislador italiano del 75 se plantea la necesidad de conciliar los intereses de cada miembro de la familia con los de la unidad familiar. Y lo hace abandonando la concepción tradicional de una familia de estructura monolítica y autoritaria y adecuándose a la nueva realidad social de la familia.

La ley de 1975 se asienta en el principio de la equiparación moral y jurídica de los cónyuges, lo que se pone de manifiesto en la atribución de derechos y deberes en pie de igualdad, no sólo en lo que al gobierno de la familia se refiere, sino también en cuanto a la regulación de las relaciones económico patrimoniales que se derivan

¹²⁷ GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 511.

¹²⁸ El iter legislativo de la reforma puede verse en CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, de Cicu-Messineo, Milano, 1979, pág. 3, nota 6, y en DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, pág. 1, nota 1.

del matrimonio.

Como datos más sobresalientes de la reforma se pueden señalar los siguientes: reglamentación precisa del régimen matrimonial primario; modificaciones en materia de capitulaciones matrimoniales; abandono del tradicional régimen dotal; establecimiento expreso de un régimen legal, adoptando el modelo asociativo de la comunidad de gananciales y relegando el régimen de separación de bienes a la categoría de régimen convencional; sustitución del patrimonio familiar por el fondo familiar y regulación de la llamada empresa familiar.

II.- EL REGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO

1.- Importancia, caracteres y objeto

Si bien la introducción del régimen de gananciales como régimen legal se presentó como una novedad revolucionaria en el marco de la tradición separatista italiana, tanto o más lo es el contenido de los nuevos artículos 143 a 148 C.C., que dan un significado radicalmente nuevo a los principios sobre los que se asienta la totalidad de la ordenación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges.

Las normas de los arts. 143 a 148 C.C. son **generales** en tanto que aplicables a todos los matrimonios, sea cual sea el régimen matrimonial concreto adoptado. La generalidad se complementa con la **imperatividad**, que impide derogarlas por la voluntad de las partes. Sin embargo, no todas las normas son inderogables, únicamente las concretamente mencionadas por el legislador: la contribución a los gastos de la familia y la obligación de mantener a los hijos y de contribuir a dicho mantenimiento (art. 160 C.C.). En definitiva, estas normas hacen que los gastos para el mantenimiento de la familia constituyan una categoría unitaria, en la que no se permite distinguir entre gastos de cada uno y gastos de la familia¹²⁹, de forma que las necesidades de cada miembro de la familia se transforman automáticamente en necesidades del grupo,

¹²⁹ DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 19.

y como tales han de ser satisfechas¹³⁰.

Abolida la potestad marital y la consecuente obligación del marido de mantener a la mujer, la nueva regulación establece expresamente que con el matrimonio los cónyuges adquieren los mismos derechos y deberes (art.143, párr. 1º C.C.).

Partiendo de este principio, y persiguiendo el objetivo de establecer un sistema que permita la existencia de un conjunto de bienes con los que satisfacer las necesidades de la familia, la ley fija con claridad las reglas según las cuales deben repartirse proporcionalmente las cargas del matrimonio: los esposos asumen la obligación recíproca de asistencia moral y material y de colaboración en interés de la familia (art. 143, párr. 2º C.C.); ambos cónyuges están obligados, cada uno en proporción a sus respectivos medios y capacidad de trabajo, profesional o doméstico, a contribuir a la cobertura de las necesidades de la familia (art. 143, párr. 3º C.C.); ambos esposos están obligados a mantener, instruir y educar a la prole (art. 147 C.C.), contribuyendo a ello en proporción a sus respectivos medios y capacidad de trabajo (art. 148 C.C.) y, por último, los hijos deben contribuir mientras vivan en el seno de la familia, según sus propios medios, al mantenimiento de la familia (art. 315 C.C.).

2.- La contribución a los gastos de la familia

Las necesidades de la familia varían según las condiciones sociales y económicas de cada unidad, y puesto que es una determinación que no puede ser hecha por la ley, ya que supondría una violación de la autonomía del núcleo familiar, el art. 144 C.C. establece que la fijación del nivel de vida corresponde a ambos cónyuges.

Por el contrario, la medida de la contribución para cubrir ese nivel de vida viene fijada directamente por la ley (arts. 143,148 y 315 C.C.). Medida que no puede ser derogada o modificada por la voluntad de las partes. La contribución de los hijos está expresamente limitada y condicionada a que tengan medios propios (art. 315 C.C.), sin que su posible participación en la actividad laboral de la familia o en la

¹³⁰ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 26; FALZEA, "Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia", en *Riv. dir. civ.*, 1977, I. págs. 609 y ss., págs. 614-616.

empresa se considere como forma de cumplimiento de este deber¹³¹. Los cónyuges, por su parte, pueden cumplir su deber de contribución monetariamente o poniendo a disposición de la familia el disfrute de determinados bienes o dedicando a la familia su trabajo, lo que se concretará en el desempeño de las tareas domésticas, pues el trabajo profesional se desarrolla fuera del hogar y no es más que un medio instrumental. No obstante la letra de la ley, la verdadera medida de la contribución viene determinada por la opinión unánime de la doctrina, que entiende que dicha medida va referida a la totalidad del patrimonio de cada cónyuge, sujetándolo a un vínculo de destinación a las necesidades de la familia¹³².

La contribución es un deber que se contrapone al derecho del otro cónyuge y de los hijos. Su incumplimiento constituye un comportamiento contrario a los deberes que derivan del matrimonio y determina la imputabilidad a uno u otro esposo de la separación judicial del art. 151, párr. 2º C.C. Pero es evidente que el cónyuge que no quiera dar paso a la separación puede llevar a juicio a su consorte, para que sea condenado a cumplir la prestación¹³³.

La obligación de contribución cesa con la disolución del matrimonio o con la declaración de nulidad del mismo, y con la separación personal.

Las consecuencias patrimoniales del cese de esta obligación son diversas según cuál sea la causa. En caso de **separación personal**, además de la obligación de ambos cónyuges de contribuir al mantenimiento, instrucción y educación de la prole (art. 155, párr. 2º C.C.), puede nacer también una obligación de mantenimiento a favor del cónyuge que no tenga suficientes rentas propias, siempre y cuando no haya sido el culpable de la separación¹³⁴. Si se produce la reconciliación, la obligación de

¹³¹ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 27.

¹³² Véase, por todos, FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico della legge 19 maggio 1971, N. 151*, I, Milano, 1984, pág. 273.

¹³³ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 30.

¹³⁴ Sobre el tema de la imputabilidad de la culpa en los procesos de separación, véase D'ANTONIO, "Separazione personale dei coniugi e mutamento del titolo", en *Riv. dir. civ.*, 1977, I, págs. 638 y ss.

contribución renace automáticamente (art. 157 C.C.). En caso de **divorcio**, a la vista de las condiciones económicas de los cónyuges y de las razones que han motivado la decisión, puede nacer la atribución de una pensión, proporcionada a los medios y rentas del cónyuge obligado a pasarla (art. 5, párr. 4º L. 1 de dic. 1970). Por último, en caso de declaración de **nulidad** del matrimonio, si ambos cónyuges estaban de buena fe, puede nacer la obligación, a cargo de uno de ellos, de entregar sumas de dinero, en proporción a sus recursos, al otro cuando éste no tenga suficientes rentas propias y no haya contraído nuevo matrimonio (art. 129 C.C.).

3.- Eficacia externa de la obligación de contribución

Rehuyendo la referencia a la potestad doméstica, el art. 144, párr. 2º C.C. reconoce a cada uno de los cónyuges el poder de "ejecutar las reglas acordadas". Con esta nueva expresión el legislador, a juicio de la doctrina, quiere decir que cada uno de los cónyuges puede contraer obligaciones en interés de la familia con eficacia vinculante para el otro¹³⁵.

Así pues, se afirma la responsabilidad solidaria de los cónyuges, casados en régimen de separación de bienes, por las obligaciones contraídas por uno solo para atender las necesidades de la familia¹³⁶.

La posición de la jurisprudencia, por su parte, no es firme. En la primera sentencia sobre el tema prevalece la solución negativa, afirmándose que "la ley de reforma del derecho de familia no prevé la responsabilidad solidaria de la mujer por las obligaciones contraídas con terceros por el marido por causa de las necesidades de

¹³⁵ Así, CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 40. Esta primera interpretación es confirmada por construcciones doctrinales posteriores, véanse FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 291, y SANTORO-PASSARELLI, "Poteri e responsabilità patrimoniali dei coniugi per i bisogni della famiglia", en *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1982, págs. 1 y ss., pág. 15.

¹³⁶ En contra, inclinándose a favor de la responsabilidad subsidiaria del otro cónyuge por la mitad de la deuda y extendiendo al régimen de separación la norma prevista para el supuesto de insuficiencia de bienes gananciales (art. 190 C.C.), DE PALOA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., págs. 24 y 271. Sobre el planteamiento de este tema en el régimen de gananciales véase infra apdo. IV, 4.

la familia"¹³⁷. Esta postura se mantiene hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1986, seguida por la de la App. Perugia de 3 de abril de 1987, según la cual el marido es responsable de las obligaciones contraídas por la mujer para satisfacer las necesidades de la familia, pues se le debe reconocer a la mujer el poder de representar al marido en virtud de mandato tácito, y, además, como consecuencia del deber correspondiente al marido de contribuir a dichos gastos¹³⁸.

III.- LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES¹³⁹

Manteniéndose el principio de la libertad de las capitulaciones, se introducen modificaciones significativas en materia de publicidad y se abandona el principio de la inmutabilidad.

La mayoría de los comentaristas de la reforma se muestran unánimes en calificar de poco felices las soluciones adoptadas en materia de publicidad¹⁴⁰, llegándose incluso a aplicar a dicho régimen general el epíteto de "lodazal"¹⁴¹.

La publicidad básica, es decir, la propia de la elección del régimen concreto, está constituida por la anotación de la fecha de otorgamiento y el nombre del notario y el de las partes intervinientes al margen del acta de matrimonio (art. 162, párr. 4º C.C.). La falta de anotación hace inoponibles a los terceros las capitulaciones, pero ello no impide que, si se demuestra la mala fe del tercero al adquirir su derecho, éstas

¹³⁷ FUSARO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1990, pág. 8.

¹³⁸ FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., pág. 10.

¹³⁹ Con la reforma se abandona la denominación "contratto di matrimonio" y se da entrada a las "capitulaciones matrimoniales". Una defensa del fundamento de esta sustitución puede verse en FERRI, L., "La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia", en *Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma. Atti del Convegno organizzato dal Comitato Regionale dei Consigli Notarili dell'Emilia Romagna in collaborazione con l'Università degli Studi di Bologna*, Milano, 1984, págs. 41 y ss., pág. 42.

¹⁴⁰ Véase, por todos, CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia, II*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., Milano, 1984, págs. 41-42.

¹⁴¹ FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., pág. 543.

le sean oponibles¹⁴². Si entre los bienes de los cónyuges hay inmuebles, los pactos capitulares deben ser transcritos para hacer oponible el vínculo o la ausencia de vínculo, no sólo frente a los acreedores personales y comunes, sino también frente a los propios esposos y sus respectivos herederos (art. 2647 C.C.).

Una cuestión problemática es la que plantea el art. 163, párr. 4º C.C. Dicho precepto habla de **anotar** las modificaciones de los pactos capitulares al margen de la transcripción de los mismos. Entendido que las modificaciones no son sino nuevas capitulaciones, la doctrina defiende la sumisión de las mismas a transcripción y no a simple anotación al margen de los pactos iniciales¹⁴³.

Abandonando el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones, el nuevo art.163, párr. 3º C.C., en consonancia con la abolición de la prohibición de donaciones entre cónyuges y con la nueva dimensión atribuida a la autonomía privada en materia de capitulaciones¹⁴⁴, establece que los capítulos pueden otorgarse antes y después de la celebración del matrimonio¹⁴⁵.

Ahora bien, no todos los posibles pactos están protegidos por esa libertad absoluta. En efecto, según dispone el art. 191 C.C., no está permitido sustituir un régimen comunitario por el de separación sin haber procedido, previamente, a la división de los bienes comunes según los criterios del art. 194 C.C.; en defecto de tal

¹⁴² Así, BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 1981, pág. 60, seguido por FERRI, L., "La pubblicità del regime patrimoniale...", cit., pág. 43.

¹⁴³ Así, CORSI, *Il regime patrimoniale...,II*, cit., págs. 48-49, cuya opinión es confirmada, al cabo de los 10 años de la entrada en vigor de la reforma, por ZACCARIA, "La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia", en *Riv.dir. civ.*, 1985, II, págs. 353 y ss., pág. 355. En contra, refiriéndose exclusivamente a la anotación, PINO, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1984, pág. 111.

¹⁴⁴ DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 57.

¹⁴⁵ La redacción originaria del párrafo 2º del art. 163 establecía la necesidad de solicitar autorización judicial para proceder a la modificación. El texto vigente fue introducido por la ley de 10 de abril de 1981. La situación anterior a esta reforma puede verse en BIANCA, *Diritto civile, II*, cit., págs. 59-60 y DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., págs. 57-66.

división, el art. 210, párr. 3º C.C. impone la división por partes iguales. La modificación del fondo patrimonial sólo puede consistir en aumentarlo, pues la cesación, total o parcial, iría contra el art. 171 C.C., que sólo la permite si, disuelto el matrimonio, no hay hijos menores.

Los cónyuges también pueden sólo modificar las cláusulas particulares de los acuerdos adoptados en materias concretas, como, por ejemplo, las modalidades de cumplimiento de los deberes en el régimen legal, las alteraciones introducidas en el régimen de separación, etc.

Las modificaciones deben otorgarse, al igual que los capítulos iniciales, por acto público (art. 163, párr. 1º C.C.), con observancia de las normas de publicidad ya vistas, y con la participación de todos los intervinientes en las capitulaciones precedentes.

IV.- EL REGIMEN LEGAL: LA SOCIEDAD DE BIENES GANANCIALES

1.- Justificación

La explicitación del régimen legal está en el nuevo art. 159 C.C.: "el régimen económico legal de la familia, a falta de capitulaciones estipuladas según lo dispuesto en el art. 162, es la sociedad de gananciales".

La adopción de un régimen totalmente ajeno a la tradición jurídica italiana ha dado lugar, por una parte, a frecuentes lagunas y oscuridades en el texto de las normas, y, por otra, a que se haya puesto el acento en algunas temas, descuidando otros.

No obstante, la doctrina conviene en que la elección del régimen de gananciales se justifica por el hecho de que es el régimen que mejor responde a las exigencias derivadas de la conciliación de los intereses individuales de los cónyuges –paridad personal y patrimonial– con el interés unitario de la familia, siendo indudable que todos los ahorros realizados por la familia son el resultado de un trabajo y un sacrificio comunes. En definitiva, el régimen de gananciales armoniza el reconocimiento de la contribución de ambos cónyuges a la formación del patrimonio de la familia con la tutela, directa e indirecta, de la personalidad y la libertad económica de cada uno de

ellos¹⁴⁶, a la par que se da entrada a la retribución del trabajo doméstico de la mujer y se hace efectivo el modelo de familia acogido en la Constitución¹⁴⁷, estimulando la solidaridad entre los componentes de la unidad familiar¹⁴⁸.

2.- Las masas patrimoniales

La doctrina ha definido el objeto del régimen de gananciales como el incremento patrimonial obtenido durante la convivencia conyugal¹⁴⁹.

Como es sabido, en el régimen de gananciales existen tres masas patrimoniales: la ganancial y la privativa de cada uno de los esposos. En esta ordenación, comúnmente aceptada, el legislador italiano ha introducido una categoría intermedia constituida por los bienes que entran en comunidad de **residuo**; bienes que sólo pasan a ser comunes, si existen y en la medida en que existen, al tiempo de la disolución del régimen.

Bienes gananciales: los adquiridos conjunta o separadamente por los cónyuges durante el matrimonio, a excepción de los bienes privativos (art. 177, a) C.C.)¹⁵⁰, y la "azienda" gestionada por ambos cónyuges y constituida después del matrimonio (art. 177, d) C.C.).

Bienes "residuales": los frutos de los bienes privativos de cada cónyuge percibidos y no consumidos a la disolución del régimen (art. 177, b) C.C.); las

¹⁴⁶ Véase, por todos, OPPO, "Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia", en *Riv. dir. civ.*, 1976, I, págs. 105 y ss., pág. 107.

¹⁴⁷ COSTI, *Lavoro e impresa nel nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976, págs. 12-13.

¹⁴⁸ CARRARO, "Il nuovo diritto di famiglia", en *Riv. dir. civ.*, 1975, I, págs. 93 y ss., págs. 100-101.

¹⁴⁹ Véase BARBIERA, "La comunione legale", en *Trattato di diritto privato*, III-2, de Rescigno, Torino, 1982, págs. 399 y ss., pág. 421.

¹⁵⁰ Al igual que sucedía en el Derecho francés, el casuismo doctrinal y jurisprudencial en torno a qué bienes son gananciales ha llegado a tener proporciones abrumadoras, véase FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., págs. 219-317.

ganancias obtenidas con la actividad independiente de cada uno de los cónyuges existentes a la disolución del régimen (art. 177, c) C.C.); las ganancias e incrementos de la "azienda" perteneciente a uno de los esposos pero gestionada por ambos (art. 177, párr. 2º C.C.), y los bienes destinados a la actividad empresarial de uno de los cónyuges, iniciada después del matrimonio, y los incrementos de la constituida con anterioridad, si existen a la disolución del régimen (art. 178 C.C.)¹⁵¹

Bienes privativos: aquellos de los que el cónyuge era propietario antes del matrimonio o sobre los cuales tenía un derecho real de goce (art. 179, a) C.C.); los adquiridos durante el matrimonio por donación o herencia, sin atribución expresa a la comunidad (art. 179, b) C.C.); los de uso estrictamente personal de cada cónyuge y sus accesorios (art. 179, c) C.C.)¹⁵²; los que sirven para el ejercicio de la profesión de cada cónyuge, a excepción de los destinados a la explotación de una "azienda" que forme parte de la comunidad (art. 179, d) C.C.); los obtenidos a título de resarcimiento de un daño¹⁵³, así como las pensiones por incapacidad laboral, total o parcial (art. 179, e) C.C.); los adquiridos con el precio de la enajenación de bienes privativos o por permuta de los mismos, a condición de que se emita una declaración expresa de que

¹⁵¹ La libertad concedida por el legislador a los cónyuges para la disposición de las rentas individuales ha sido duramente criticada por haber dado lugar a una solución de compromiso que no da plena actuación ni al principio separatista ni al principio asociativo (GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori nella comunione legale tra coniugi*, Padova, 1986, pág. 10), no articulándose ninguna medida protectora frente a la posible disminución de su patrimonio por un cónyuge en perjuicio del otro. Sobre este último punto se ha señalado que la dificultad radica en que la tutela de los derechos de un cónyuge no puede perjudicar los derechos del otro (FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., págs. 933-934). Esta posición también es sostenida por la jurisprudencia, que niega a un cónyuge todo derecho sobre los bienes "residuales" del otro, aunque en alguna ocasión ha admitido el recurso de un cónyuge a la acción revocatoria frente a la conducta dilapidadora o fraudulenta del otro (FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., págs. 338-340).

¹⁵² Sobre la concreción de qué bienes deben considerarse de uso exclusivo de cada esposo, véase CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., págs. 104-106.

¹⁵³ Los bienes obtenidos serán, por lo general, sumas de dinero que vienen a sustituir el valor de un bien perdido o dañado, o bien a reparar una ofensa inferida directamente a la persona (CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 111). Ante el silencio de la ley, la doctrina, ya antes de la reforma, había llegado a esta conclusión, véanse FERRARA, *Diritto delle persone...*, cit., pág. 386 y GANGI, *Il matrimonio*, cit., pág. 531.

el bien se adquiere como privativo (art. 179, f) C.C.), y los bienes inmuebles y los muebles registrados adquiridos con declaración expresa de ambos cónyuges de que se adquieren como privativos del adquirente (art. 179, párr. 2º C.C.), pues la no participación del cónyuge no adquirente determina el carácter ganancial del bien¹⁵⁴.

2.1.- Estudio en particular de la "azienda"

Una vez vistos qué bienes integran cada una de las masas patrimoniales, conviene hacer algunas precisiones en torno a la "azienda".

La "azienda" es el complejo de bienes organizado por el empresario para el ejercicio de la empresa (art. 2555 C.C.). En ella destacan la unidad de organización, que adquiere valor y utilidad propios, y el instrumento de la actividad empresarial que es. De ahí la importancia que el legislador ha atribuido a su gestión en el régimen de gananciales, distinguiendo entre la gestionada conjuntamente y la gestionada separadamente.

La gestión separada se considera como actividad independiente de un cónyuge, cuyas ganancias deben corresponderle íntegra e inmediatamente (art. 177, c) C.C.). El desarrollo de esa actividad empresarial exige que el cónyuge deba poder disponer libre y exclusivamente de la "azienda", utilizarla como instrumento de garantía patrimonial de las obligaciones que asuma. Así pues, la "azienda" gestionada por un solo cónyuge no tiene carácter ganancial aunque haya sido constituida después del matrimonio, salvo que lo haya sido con dinero o bienes gananciales.

Las hipótesis posibles de gestión separada son tres. En primer lugar, si uno de los esposos crea o adquiere una "azienda" con sus propios bienes y la gestiona sin la colaboración del otro, es privativa. Por tanto, el cónyuge propietario la gestiona, correspondiéndole los incrementos y los beneficios de su actividad separada. A la disolución del régimen, corresponderá al otro cónyuge la mitad de los bienes "aziendali" y de los incrementos y beneficios no consumidos (arts. 177, c) y 178 C.C.).

¹⁵⁴ Véase, por todos, CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 118. En contra, defendiendo el carácter privativo y haciendo recaer la prueba de tal carácter sobre el cónyuge adquirente, BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., pág. 78.

En segundo lugar, si la "azienda" es privativa del cónyuge que la gestiona separadamente, se mantiene el carácter privativo y ni siquiera al tiempo de la disolución del régimen tendrá el otro cónyuge derecho sobre los incrementos y ganancias (arts. 79, a) y d) C.C.). Y, por último, si la "azienda" ha sido constituida con bienes gananciales pero es gestionada separadamente por un cónyuge, los bienes destinados a la misma siguen siendo gananciales. Los incrementos y ganancias corresponden al cónyuge que desarrolla la actividad empresarial, mientras que al otro le corresponde una recompensa por la utilización de los bienes gananciales.

Cuando la "azienda" se constituye una vez celebrado el matrimonio y es gestionada por ambos cónyuges, es ganancial (art. 177, d) C.C.), entendiendo por gestión el ejercicio de hecho del poder de iniciativa económica, encaminado a la producción y al intercambio de bienes y servicios¹⁵⁵, y por cogestión la actividad concurrente de ambos cónyuges, aun cuando uno de ellos haya delegado en el otro para que realice todos los actos necesarios para la actividad empresarial¹⁵⁶.

Este precepto ha ocasionado una viva polémica y numerosas opiniones divergentes. El punto de mayor fricción y que ha dado lugar a una oposición irreductible entre dos grandes sectores doctrinales es el relativo a la normativa que debe aplicarse a la "azienda". Un sector defiende que la gestión de la "azienda" debe someterse a las reglas de gestión del propio régimen de gananciales¹⁵⁷. El otro, por el

¹⁵⁵ FERRI, G., "Impresa coniugale e impresa familiare", en *Riv. dir. comm.*, 1976, I, págs. 1 y ss., pág. 2; DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 283.

¹⁵⁶ DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 290; FERRI, G., "Impresa coniugale e impresa familiare", cit., pág. 3; SACCA, en SACCA-MOLLURA, *Impresa collettiva societaria e comunione legale tra coniugi*, Milano, 1981, pág. 52.

¹⁵⁷ ABADESSA, "Comunione legale e costituzione di società fra coniugi", en *Il Dir. fall.*, 1978, I, págs. 368 y ss., pág. 372; COLUSSI, "Azienda coniugale e disciplina dell'impresa", en *Riv. dir. civ.*, 1976, I, págs. 609 y ss., pág. 612; COSTI, *Lavoro e impresa...*, cit., págs. 49-50; DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 291; GABRIELLI, "Le aziende gestite da entrambi i coniugi: fondamento e limiti della comunione legale", en *Riv. dir. civ.*, 1977, II, págs. 702 y ss., pág. 702; OPPO, "Responsabilità patrimoniale...", cit., págs. 118-119; SACCA, en SACCA-MOLLURA, *Impresa collettiva societaria...*, cit., pág. 61.

contrario, sostiene que la "azienda" debe someterse a la disciplina societaria¹⁵⁸.

La adopción de una u otra postura lleva, necesariamente, a consecuencias diferentes. En el primer caso, sumisión a las reglas del régimen de gananciales, serán aplicables las normas de los arts. 180 y 190 C.C.: gestión autónoma para los actos de administración ordinaria y conjunta para los de administración extraordinaria, con posibilidad, en caso de desacuerdo, de recurrir al autorización judicial supletoria (art. 188 C.C.), y responsabilidad parcial por las deudas contraídas (art. 190 C.C.). En el segundo caso, sumisión a la disciplina societaria, regirán las normas propias de las sociedades de personas, existiendo una responsabilidad solidaria e ilimitada (art. 2291 C.C.) de los bienes gananciales y privativos¹⁵⁹.

El conflicto interpretativo originado en torno a la disciplina de la "azienda" se mantiene irresoluble. Al cabo de 15 de años la jurisprudencia no ha dado ningún criterio válido¹⁶⁰, pero tampoco preferencia a ninguna de las posturas¹⁶¹.

¹⁵⁸ AIROLDI, "Conseguenze del nuovo diritto di famiglia sulla garanzia patrimoniale e sui contratti bancari", en *BBTC*, 1975, I, págs. 480 y ss., págs. 485-486; AULETTA, "Impresa ed azienda coniugale", en *BBTC*, 1984, I, págs. 433 y ss., pág. 435; BARBIERA, "La comunione legale", cit., pág. 445; CIAN e VILLANI, "La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)", en *Riv. dir. civ.*, 1980, I, págs. 337 y ss., pág. 402; FERRI, G., "Impresa coniugale e impresa familiare", cit., pág. 3.

¹⁵⁹ El tema de la "azienda" ganancial, calificado de "espina para los intérpretes de la reforma", ha dado lugar a numerosas decisiones jurisprudenciales, pero en su inmensa mayoría se refieren a cuestiones muy concretas que no vienen a resolver la división doctrinal existente, véase FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., págs. 317-337.

¹⁶⁰ VITTORIA, "La azienda coniugale", en *Azienda coniugale e impresa familiare*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, de Galgano, Padova, 1989, págs. 3 y ss., págs. 8-9.

¹⁶¹ Se puede señalar, no obstante, la decisión del Trib. Casale Monferrato de 30 de marzo de 1979, en *Giur. comm.*, 1980, II, págs. 299 y ss., con nota de FERRERO, "Società fra coniugi in regime di comunione legale: nel dubbio, prudenza". La sentencia establecía la autorización para un pacto capitular (véase supra nota 144), mediante el cual se quería constituir una sociedad personalista entre los cónyuges, modificadora del régimen legal. La decisión del Tribunal se fundamentó en el supuesto de la incompatibilidad entre la disciplina societaria y la disciplina introducida por la reforma para la "azienda" ganancial.

3.- La gestión de los bienes

3.1.- Cuestiones generales

Los arts. 180 a 184 C.C. contienen la totalidad de las reglas sobre la administración de los bienes gananciales; normas inderogables (art. 210, párr. 2º C.C.), en virtud de las cuales se establece la garantía de un control recíproco entre los cónyuges. No obstante, algún sector doctrinal ha querido ver en estas normas un medio de protección de los intereses de la familia¹⁶², amparados, como ya hemos visto, por las normas del régimen primario.

El art. 180 C.C. condiciona la administración conjunta o separada al carácter ordinario o extraordinario del acto concreto. La determinación de cuándo un acto es ordinario o extraordinario es causa de divergencias doctrinales¹⁶³. Algunos autores conectan la administración ordinaria con el criterio de la normalidad¹⁶⁴; otros la conectan a las normas sobre la administración de los bienes de los incapaces¹⁶⁵ y otros, por último, dicen que hay que referirla a las facultades conferidas a los comuneros en el art. 1105 C.C.¹⁶⁶. La jurisprudencia, por su parte, tampoco ha elaborado un criterio orientador al respecto, únicamente ha dado soluciones a cuestiones muy concretas¹⁶⁷.

En todo caso, el art. 180, párr. 1º C.C. establece que los actos de administración ordinaria y la representación en juicio por actos concernientes a la misma corresponden indistintamente a ambos cónyuges. Por el contrario, los actos de

¹⁶² DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 171.

¹⁶³ Sobre la relatividad y la dificultad en general de la distinción entre actos de administración ordinaria y extraordinaria, véase CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato italiano*, Milano, 1974, págs. 109-149.

¹⁶⁴ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 124.

¹⁶⁵ DETTI, "Oggetto, natura, amministrazione della comunione legale dei coniugi", en *Riv. Not.*, 1976, I, pág. 1221, citado por CORSI, *ibidem*.

¹⁶⁶ FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 1032; FRAGALI, *La comunione*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., Appendice di aggiornamento al tomo I, Milano, 1977, pág. 74.

¹⁶⁷ FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., pág. 400.

administración extraordinaria, entendiéndose por tales, aun cuando no hay un criterio uniforme, aquellos que pueden alterar la consistencia de un patrimonio, requieren la actuación conjunta de los esposos (art. 180, párr. 2º C.C.).

3.2.- La administración conjunta

El art. 180, párr. 2º C.C. establece la regla de la actuación conjunta para los actos de administración extraordinaria y para la concesión y adquisición de derechos personales de goce.

La referencia que hace el mencionado precepto a los derecho de goce ha sido calificada de error de técnica legislativa, pues lo que se pretendía era establecer el principio de que la elección de la residencia familiar debía hacerse de común acuerdo por ambos cónyuges, y lo que se ha hecho ha sido caer en la confusión de un tema de obligaciones personales con una cuestión de legitimación para estipular un contrato con terceros¹⁶⁸.

Al margen de esta precisión, el tema que la doctrina se plantea en torno a la gestión conjunta es qué deba entenderse por consentimiento conjunto. La alternativa se plantea entre admitir la necesidad de una declaración de voluntad plural pero unitaria o admitir que el consentimiento del cónyuge pueda ser autónomo respecto a la declaración de voluntad de su consorte. La solución adoptada es la del consentimiento autónomo¹⁶⁹, pues dicho consentimiento no significa participación en el acto, sino participación en la formación del mismo¹⁷⁰.

La regla de la actuación conjunta tiene como correctivo, aunque sólo parcial, en caso de negativa injustificada del cónyuge a prestar su consentimiento, la autorización judicial prevista en el art. 184 C.C. Y es sólo parcial porque la concesión de la autorización está supeditada a la necesidad del acto para el interés de la familia

¹⁶⁸ CIAN e VILLANI, "La comunione dei beni...", cit., pág. 363.

¹⁶⁹ BARBIERA, "La comunione legale", cit., pág. 455; CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 133.

¹⁷⁰ PINO, *Il diritto di famiglia*, cit., págs. 121-122.

o de la "azienda" ganancial.

La sanción de los actos realizados por un solo cónyuge sin el necesario consentimiento del otro o sin una posterior ratificación está prevista en el art. 184 C.C.; previsión que no toma en cuenta el carácter oneroso o gratuito del acto, sino la categoría de los bienes afectados por el mismo. Según el art.184, el acto es anulable a instancia del cónyuge que no prestó su consentimiento.

El art.184 C.C. plantea dos cuestiones. En primer lugar, de la lectura del precepto parece resultar que el acto es anulable *per se*. Sin embargo, se trata de una anulabilidad en interés del cónyuge que no prestó su consentimiento. Por tanto, surge la duda de si, siendo el acto ventajoso para la familia, no carecerá el cónyuge de interés en solicitar la anulación¹⁷¹. En segundo lugar, el art. 180 C.C. establece una norma general para todos los actos de administración, y el art. 184 C.C. se refiere sólo a los actos de disposición sobre bienes inmuebles y muebles registrados, consignando en su último párrafo la validez de los actos de enajenación cuyo objeto sean bienes muebles no registrados¹⁷², si bien, en este caso, el cónyuge disponente queda obligado a restituir a la comunidad los bienes enajenados o, en caso de imposibilidad, al pago por el equivalente, lo que contradice el art. 180.

La regla de la actuación conjunta para los actos de administración extraordinaria tiene dos excepciones. El art. 182, párr. 1º C.C. establece que en caso de lejanía o impedimento permanente de un cónyuge y en defecto de un poder conferido a su consorte, éste puede realizar, previa autorización judicial y con las cautelas que el juez determine, todos los actos que sean necesarios. El párrafo 2º del mismo precepto dispone que, en caso de gestión conjunta de la "azienda", un cónyuge puede conferir al otro un poder general, lo que le legitima, frente a terceros, para

¹⁷¹ PINO, *Il diritto di famiglia*, cit., pág. 123.

¹⁷² A favor de la validez del acto, entre otros, CIAN e VILLANI, "La comunione dei beni...", cit., págs. 359-360; DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 186; FIONOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 1077; PINO, *Il diritto di famiglia*, cit., pág. 122. En contra, propugnando la aplicación de las normas del derecho común, en concreto el art. 1153 C.C., relativo al derecho de retención del poseedor de buena fe, CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 145.

realizar todos los actos de gestión.

3.3.- Exclusión de uno de los cónyuges

El art. 183 C.C. establece que si uno de los cónyuges es menor de edad o está imposibilitado o ha llevado una mala administración, el otro puede solicitar al juez que lo excluya de la administración de los bienes gananciales.

La norma ha sido criticada, poniendo de relieve que introduce un instituto de una gravedad excepcional, que constituye una "mutilación" de los derechos conferidos a cada cónyuge en el régimen legal¹⁷³.

En lo que se refiere a la menor edad, se concede al cónyuge, curador del menor emancipado por el matrimonio, la posibilidad de cancelar los efectos que derivan de la emancipación. En cuanto a la imposibilidad de administrar, la doctrina considera que hay que pensar en una imposibilidad de larga duración, pues si sólo fuese transitoria, se trataría de un impedimento de los del art. 182 C.C. Y, por último, el supuesto de mala administración parece coincidir con el art. 193 C.C., que permite a un cónyuge pedir la separación judicial de bienes. En este punto se oponen dos construcciones doctrinales. La primera defiende que la existencia de los dos preceptos ofrece a un cónyuge, ante la mala administración del otro, la alternativa entre solicitar que se le excluya de la administración o solicitar la disolución del régimen, sustituyéndolo por el de separación de bienes¹⁷⁴. La segunda entiende que la norma del art. 183 C.C. sólo va referida a una pluralidad de actos que no revistan una especial gravedad, pues en caso de extrema gravedad entra en juego el art. 193 C.C.¹⁷⁵.

No obstante, desaparecido el impedimento o habiendo cesado la imposibilidad, el cónyuge excluido de la administración puede solicitar al juez su reintegración a la misma (art. 183, párr. 2º C.C.).

¹⁷³ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 138.

¹⁷⁴ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 140.

¹⁷⁵ PINO, *Il diritto di famiglia*, cit., pág. 124.

3.4.– Facultades sobre los bienes privativos

El art. 185 C.C. establece que la administración de los bienes privativos se rige por las disposiciones de los párrafos 2º y 4º del art. 217, relativo a la administración y disfrute de los bienes en el régimen de separación, por lo que nos remitimos a lo que allí se diga¹⁷⁶. No obstante, hay que señalar que la noción de bienes privativos sometidos a las reglas del art. 217 C.C. abarca no sólo los bienes enumerados como privativos en el art. 179 C.C., sino también los de la comunidad de "residuo".

4.– Deudas de la comunidad

Las deudas o cargas de la comunidad vienen expresamente indicadas en el art. 186 C.C.

Según el art. 186, a) C.C., son deudas de la comunidad las cargas y gravámenes existentes sobre los bienes gananciales al tiempo de su adquisición. Según la doctrina, en estos casos se produce una sujeción de la comunidad, pero no es una obligación que grave la totalidad del patrimonio¹⁷⁷.

El apartado b) del art. 186 dispone que son deudas de la comunidad todas las cargas de la administración. Por tales hay que entender todas las obligaciones asumidas en el ejercicio de la facultad de administración de los bienes gananciales. Pueden ser actos de administración ordinaria y extraordinaria, con tal de que se hayan realizado con arreglo a las disposiciones de los arts. 180 a 183 C.C. El carácter del acto de administración, en relación con las adquisiciones, sólo puede extraerse del criterio de la "ventaja para la comunidad", es decir, que la adquisición esté directamente encaminada a beneficiar a la comunidad¹⁷⁸.

Los apartados c) y d) del art. 186 ponen a cargo de la comunidad los gastos

¹⁷⁶ Véase infra apdo. V, 1.

¹⁷⁷ CIAN e VILLANI, "La comunione dei beni...", cit., pág. 379; CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 158.

¹⁷⁸ GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori...*, cit., pág. 37.

contraídos para el mantenimiento de la familia y para la instrucción y educación de los hijos, así como toda obligación contraída por los cónyuges, conjunta o separadamente, en interés de la familia.

No son obligaciones asumidas en la administración del patrimonio común, sino en cumplimiento de la obligación de mantener a la familia, es decir, sólo son obligaciones contraídas en interés de la familia las que van encaminadas a satisfacer dicho interés¹⁷⁹.

Las obligaciones contraídas por un cónyuge no dejan indefenso al otro. Su tutela se articula a través de la subsidiariedad y parcialidad de la responsabilidad –por la mitad del crédito– (art. 190 C.C.), teniendo, además, la posibilidad de recurrir a los medios previstos en los arts. 183 C.C. (exclusión de la administración) y 193 C.C. (separación judicial de bienes).

El inciso "separadamente" supone una excepción a la regla del art. 180 C.C., lo que mantiene dividida a la doctrina. Algunos entienden que el primer párrafo del art. 180 se refiere exclusivamente a la administración ordinaria¹⁸⁰; otros consideran incluidos los actos de administración extraordinaria¹⁸¹; otros consideran que el art. 186 prescinde totalmente de la distinción entre administración ordinaria y extraordinaria¹⁸² y otros, por último, estiman que, habida cuenta de que la administración de las necesidades de la familia no coincide con la de la comunidad, si los cónyuges acuerdan en las capitulaciones matrimoniales que la cobertura de las necesidades de la familia puede comprender actos que sobrepasen lo que comúnmente se denomina administración ordinaria, no debe plantearse ningún problema¹⁸³.

Por lo que a la protección de los terceros se refiere, si el cónyuge que contrajo

¹⁷⁹ FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., págs. 458–459.

¹⁸⁰ DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 193.

¹⁸¹ OPPO, "Responsabilità patrimoniale..", cit., págs. 115–116.

¹⁸² CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., págs. 159–160.

¹⁸³ GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori...*, cit., pág. 46.

la deuda se extralimitó de lo convenido en los pactos capitulares, debe excluirse la responsabilidad de los bienes comunes, siempre que el tercero hubiera actuado de mala fe. La carga de la prueba de que el tercero conocía la extralimitación recae sobre los cónyuges.

La demostración de que la obligación se contrajo en interés de la familia, siempre que no pueda deducirse de la naturaleza del negocio, recae sobre el acreedor.

La aplicabilidad del art. 190 C.C. (responsabilidad subsidiaria por la mitad del crédito) a las deudas contraídas separadamente en interés de la familia mantiene dividida a la doctrina. Algunos autores dan por descontado su aplicabilidad¹⁸⁴. Otros, por el contrario, lo consideran inaplicable, pues llevaría al resultado de colocar a los cónyuges casados en régimen de gananciales en una posición más favorable que la que tendrían los esposos casados en régimen de separación, que responden solidariamente¹⁸⁵.

5.- Deudas privativas

Deudas privativas son todas aquellas en las que los acreedores tienen un crédito derivado de una obligación reconducible a intereses particulares de los cónyuges. En concreto: 1) las obligaciones contraídas por ambos cónyuges, conjunta o separadamente, antes de constituirse la comunidad (art. 187 C.C.), salvo que los bienes privativos hayan pasado a ser gananciales en virtud de pactos capitulares, en cuyo caso responden los bienes gananciales por el valor de esos bienes privativos (art. 211 C.C.); 2) las cargas que graven las donaciones o herencias recibidas por los esposos durante

¹⁸⁴ BIANCA, *Diritto civile, II*, cit., pág. 87; FALZEA, "Il dovere di contribuzione...", cit., pág. 628; FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 1102; OPPO, "Responsabilità patrimoniale...", cit., pág. 116; VITTORIA, "L'azienda coniugale", cit., pág. 40.

¹⁸⁵ GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori...*, cit., pág. 50, quien, además, llama la atención sobre las soluciones adoptadas en las legislaciones más modernas: atribución a cada cónyuge del poder de obligarse para atender las necesidades de la familia, con responsabilidad solidaria de ambos, citando en concreto los arts. 220 del Código civil francés (véase supra capítulo I, apdo. B) II, 3.1.) y 1357 BGB (véase supra capítulo II, apdo. B) I, 2).

el matrimonio y no atribuidas a la comunidad (art. 188 C.C.); 3) las obligaciones asumidas por un esposo en virtud de la adquisición y administración de sus bienes privativos; 4) las obligaciones contraídas por un cónyuge en el ejercicio de su profesión o de la empresa en la que no participa su consorte; 5) las obligaciones contraídas por un cónyuge en la ejecución de los actos de administración extraordinaria de los bienes gananciales, realizados sin el necesario consentimiento del otro (art. 189, párr. 1º C.C.) y 6) las obligaciones derivadas de la responsabilidad extracontractual.

Mientras los acreedores de la comunidad pueden satisfacer sus créditos directamente sobre los bienes gananciales, sin ninguna limitación, los acreedores personales sólo pueden dirigirse contra ellos en vía subsidiaria y hasta el valor correspondiente a la cuota del cónyuge obligado.

El primer párrafo del art. 189 hace referencia a los acreedores por obligaciones derivadas de actos de administración extraordinaria, realizados por un cónyuge sin consentimiento del otro, y el segundo párrafo se refiere a cualquier otro acreedor personal. La única diferencia entre ambos párrafos estriba en la preferencia otorgada a los acreedores de la comunidad sobre los acreedores personales, si son quirografarios, en el segundo de ellos. Algunos autores han considerado lógica la extensión de dicha preferencia a los supuestos del primer párrafo¹⁸⁶, pero la mayoría de la doctrina no lo considera extensible¹⁸⁷.

Cómo deba explicarse la subsidiariedad es un tema sujeto a discusión doctrinal. La alternativa es clara: de un lado, está el modelo, correspondiente a la sociedad civil (art. 2668 C.C.), del beneficio de excusión, por el que el acreedor puede dirigirse directamente sobre los bienes que responden subsidiariamente, salvo que se le hayan señalado bienes determinados sobre los que satisfacer su crédito; del otro lado, el modelo, previsto para las sociedades personalistas (art. 2304 C.C.), de la llamada carga de excusión, por el que corresponde al acreedor demostrar que no ha podido satisfacer

¹⁸⁶ SCHLESINGER, "Della comunione legale", en *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura de Carraro, Oppo e Trabuchi, I-1, Padova, 1977, pág. 433, citado por GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori...*, cit., pág. 58.

¹⁸⁷ Véase, por todos, DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 197, nota 164.

su crédito sobre el patrimonio responsable en vía principal. La primera solución es la adoptada por quienes desean favorecer a los acreedores¹⁸⁸, y la segunda por quienes manifiestan una mayor preocupación por la defensa del interés de la familia¹⁸⁹. La jurisprudencia, por su parte, no ha aportado una solución clarificadora, habiendo acogido ambas posiciones¹⁹⁰.

Un tema especialmente controvertido en materia de deudas privativas es el del "valor de la cuota del cónyuge obligado" del art. 189 C.C.

La doctrina se muestra unánime en cuanto a que el objeto de la ejecución forzosa singular no puede ser la cuota del deudor sobre la totalidad de los bienes comunes¹⁹¹. Si lo fuera, la sustitución de un cónyuge por un adjudicatario implicaría la disolución de la comunidad conyugal y la subsiguiente sustitución por una comunidad ordinaria. Además, si se recurre al art. 600 Cod. proc. civ., relativo a la ejecución sobre bienes indivisos, se llegaría igualmente a la disolución de la comunidad conyugal. Pero lo cierto es que el art. 191 C.C. no prevé la ejecución forzosa singular como causa de disolución del régimen de gananciales, y el reembolso por el cónyuge obligado del valor de los bienes expropiados (art. 192 C.C.) confirma la permanencia de la comunidad conyugal¹⁹². Así pues, sólo pueden expropiarse bienes concretos.

Una vez establecido que sólo pueden expropiarse bienes concretos, se plantea

¹⁸⁸ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 162; GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori...*, cit., pág. 65; OPPO, "Responsabilità patrimoniale...", cit., pág. 112.

¹⁸⁹ DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 198; MALAGU, *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, Milano, 1986, pág. 43; PINO, *Il diritto di famiglia*, cit., pág. 125.

¹⁹⁰ FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., págs. 472 y 476.

¹⁹¹ Especialmente CIAN e VILLANI, "La comunione dei beni...", cit., pág. 372; CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 165; DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 197; OPPO, "Responsabilità patrimoniale...", cit., pág. 111.

¹⁹² GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori...*, cit., pág. 59.

la necesidad de dilucidar si el valor de la cuota va referido a un bien concreto o la totalidad de la masa ganancial. Si se acepta la referencia a cada bien concreto, la acción ejecutiva afectará al cónyuge que no está personalmente obligado. Sin embargo, esta dificultad se supera, al tiempo que se respeta la letra de la ley y se armoniza el contenido del art. 189 C.C. con el del art. 192 C.C., entendiendo que la expropiabilidad va referida a un bien completo, que forma parte de una masa común, dentro de los límites del valor de la cuota sobre la totalidad de la masa¹⁹³. La valoración de la cuota, a fin de determinar el límite puesto en el art. 189 C.C., se efectúa en el momento del embargo, sin que influyan para nada las posibles modificaciones de la masa común¹⁹⁴.

6.- La disolución del régimen

El régimen de gananciales puede cesar legal, judicial o consensualmente¹⁹⁵.

El art. 191 C.C. enumera las causas de disolución de la comunidad¹⁹⁶: declaración de ausencia o de muerte de uno de los cónyuges, anulación del matrimonio, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio, separación personal, separación judicial, modificación convencional del régimen patrimonial y declaración en quiebra de uno de los cónyuges. A estas causas se añade el supuesto particular de la disolución de la comunidad existente sobre la "azienda" ganancial (art. 191, párr. 2º C.C.)¹⁹⁷.

¹⁹³ CIAN e VILLANI, "La comunione dei beni...", cit., pág. 373.

¹⁹⁴ GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori...*, cit., pág. 62.

¹⁹⁵ PINO, *Il diritto di famiglia*, cit., pág. 126, pero ya desde la 1ª ed., Padova, 1975, pág. 84.

¹⁹⁶ La mayoría de la doctrina ha puesto de manifiesto la impropiedad del término "disolución", pues dicho vocablo no expresa una división de bienes, sino el establecimiento de una indivisión postcomunitaria, BARBIERA, "La comunione legale", cit., pág. 171; DE PAOLA e MACRI, *IL nuovo regime patrimoniale...*, cit., págs. 208-209; FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 1119; MACRI, "Scioglimento della comunione legale e suoi effetti", en *Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma...*, cit., págs. 47 y ss., pág. 49.

¹⁹⁷ Este supuesto constituye una medida excepcional, encaminada a la **disolución parcial** de la sociedad de gananciales (véase, por todos, LAURINI, "L'esclusione

En cuanto a las consecuencias de la cesación, la ley se limita a establecer que al momento de la disolución se procede a establecer el saldo de las partidas internas entre los cónyuges y la comunidad, mediante restituciones y reembolsos (art. 192, párr. 4º C.C.), y que la división de los bienes gananciales se efectúa repartiendo en partes iguales el activo y el pasivo. Pero si ninguno de los cónyuges solicita que se proceda a la división, los bienes les seguirán perteneciendo en régimen de comunidad ordinaria, lo que no es incompatible con la sustitución del régimen de gananciales por el de separación de bienes cuando la disolución del régimen no ha ido acompañada de la del matrimonio¹⁹⁸.

La disolución de la comunidad tiene como primer efecto el cese del mecanismo de adquisición de bienes gananciales del art. 177, a) y d) y párr. 2º C.C. En consecuencia, ni los bienes adquiridos por cada cónyuge, ni la "azienda" constituida en este momento y gestionada por ambos pasan a ser gananciales, y las obligaciones contraídas en interés de la familia dejan de estar a cargo de los bienes gananciales y se someten a las normas de la separación de bienes¹⁹⁹. En segundo lugar, la disolución incide sobre las relaciones jurídicas pendientes, modificando los mecanismos de tutela de un cónyuge frente al otro, y, consecuentemente, la posición de los acreedores. Por lo que a la defensa de los cónyuges se refiere, cesan la administración conjunta y la prelación de los acreedores comunes sobre los bienes gananciales (art. 186 y 189 C.C.), entrando en juego la facultad, de cada cónyuge, de pedir y obtener la división. En cuanto a los acreedores, los personales, anteriores o posteriores a la disolución, concurren en pie de igualdad sobre la totalidad de los bienes de su deudor; los comunes, por su parte, podrán dirigirse, por la mitad del crédito, contra uno u otro cónyuge, cesando la prelación que les otorgaba el art. 189, párr. 2º C.C.)²⁰⁰.

parziale della comunione", en *Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma...*, cit., págs. 165 y ss., págs. 168-171). Con ella se pretende que, sin alterar por lo demás el régimen de gananciales, la "azienda" deje de ser gestionada según las normas del Derecho de familia, dando entrada a las reglas societarias, pudiendo originarse, según los casos, una sociedad irregular o una regular según los tipos previstos por la ley (COSTI, *Lavoro e impresa...*, cit., pág. 40, texto y nota 68).

¹⁹⁸ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 172.

¹⁹⁹ DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 210.

²⁰⁰ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 174.

Aun cuando la ley guarda silencio sobre el tema, la doctrina considera que las causas de disolución deben anotarse al margen del acta de matrimonio y, en su caso, en el original de las capitulaciones matrimoniales²⁰¹.

Con todo, quizá el efecto más importante de la disolución del régimen de gananciales sea la materialización de la comunidad de **residuo**.

Los bienes "residuales" sólo se toman en consideración al momento de disolverse el régimen de gananciales. En consecuencia, a estos bienes no se les pueden aplicar las normas propias de la administración de los bienes gananciales: no existiendo la comunidad, no se pueden invocar sus principios²⁰². Lo que ha llevado a algún sector de la doctrina a preguntarse, aunque sin dar una respuesta al interrogante, cómo puede invocarse el art. 177 C.C. (qué bienes son gananciales) cuando ya no existe la sociedad de gananciales²⁰³.

Sentado que mediante la comunidad de **residuo** la sociedad de gananciales amplía su objeto, acogiendo nuevos bienes, el cómo se produce esa incorporación es un punto más de controversia doctrinal. Para un sector la incorporación se efectúa mediante la valoración de una serie de partidas contables, es decir, la integración se verifica en valor²⁰⁴. Para otro sector la incorporación se produce in natura, si bien dejando a salvo el posible acuerdo en contrario de los cónyuges²⁰⁵.

Como ya hemos indicado, el art. 192 C.C. establece que, a continuación de la disolución, debe procederse a las restituciones y reembolsos. El objeto de los reembolsos lo constituyen las sumas gananciales utilizadas por uno de los cónyuges para cualquier finalidad particular y ajena al interés de la familia, y el valor de los

²⁰¹ Véase PINO, *Il diritto di famiglia*, cit., págs. 126–127.

²⁰² FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 940.

²⁰³ MACRI, "Scioglimento della comunione legale...", cit., pág. 83.

²⁰⁴ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., págs. 190–191.

²⁰⁵ DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 212; MACRI, "Scioglimento della comunione legale...", cit., pág. 84.

bienes gananciales ejecutados por los acreedores particulares de uno de los esposos, ya sea por deudas privativas, ya sea por obligaciones contraídas sin el necesario consentimiento de su consorte, salvo que el cónyuge afectado demuestre que el acto fue ventajoso para la comunidad o que con el mismo se satisfizo una necesidad de la familia (art. 192, párr. 1º y 2º C.C.). El objeto de las restituciones, por su parte, lo constituyen las sumas tomadas de los patrimonios privativos, y utilizadas en gastos del patrimonio ganancial (art. 192, párr. 3º C.C.).

La verificación de las restituciones puede efectuarse mediante la retirada previa, hasta el valor del crédito, de bienes gananciales, derecho de preferencia que se ejerce primero sobre el dinero, luego sobre los bienes muebles y, por último, sobre los bienes inmuebles (art. 192, párr. 5º C.C.).

Aun cuando las restituciones y reembolsos coinciden temporalmente con la disolución del régimen, cabe, sin embargo, la posibilidad, excepcional, de que el juez autorice su verificación en un momento distinto, si el interés de la familia lo exige o aconseja (art. 192, párr. 4º C.C.).

La fase de disolución se completa con la división de los bienes, a la cual se aplican las normas sobre la división de la herencia y la de la comunidad ordinaria, mediante el reparto en partes iguales del activo y el pasivo (art. 194 C.C.). Sin embargo, como ya hemos indicado, los cónyuges no están obligados a efectuar dicha división, pues el efecto de la disolución, según la doctrina mayoritaria, no es tanto la división como el nacimiento de un derecho potestativo a pedir la división en cualquier momento, ya que la imposición del deber de proceder inmediatamente a la división acarrearía una importante limitación de la autonomía privada de los esposos²⁰⁶.

La división de los bienes entre los comuneros implica que cada uno de los cónyuges responde por la mitad de todas las deudas gananciales con todos sus bienes privativos. En el activo se incluyen los bienes existentes al momento de la disolución,

²⁰⁶ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 172; FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 1178; MACRI, "Scioglimento della comunione legale...", cit., pág. 85. En contra, PINO, *Il diritto di famiglia*, cit., pág. 124.

los créditos por los reembolsos y los créditos contra la comunidad de residuo. En el pasivo se incluyen todos los bienes gananciales y las restituciones debidas.

La ley confiere a los cónyuges y a sus herederos el derecho a retirar los bienes muebles que les pertenecían antes de la entrada en vigor del régimen o que han adquirido durante el mismo por donación o herencia (art. 195 C.C.), así como, a juicio de la doctrina, todos los otros bienes privativos que se encuentren junto a los gananciales²⁰⁷. Sin embargo, en este punto el legislador introduce una presunción de ganancialidad respecto a los bienes muebles, estableciendo el último inciso del art.195 C.C. que "a falta de prueba en contrario se presume que los bienes muebles son gananciales", prueba que, por otra parte, deberá establecerse mediante acto con fecha cierta (art. 197 C.C.). Si los bienes que un cónyuge quiere separar no están ya en el patrimonio, el esposo propietario puede repetir su valor probando su montante, salvo que los bienes no existan por haberse consumido o por haber perecido por causa no imputable al otro cónyuge (art.196 C.C.)²⁰⁸.

En materia de división de la comunidad el art. 194 C.C. establece una disposición encaminada a proteger a los hijos en caso de que la disolución del régimen vaya acompañada del cese de la convivencia conyugal: "el juez, en atención a las necesidades de la prole y al aseguramiento de las mismas, puede constituir a favor de un cónyuge un usufructo sobre una parte de los bienes pertenecientes al otro". En el caso de disolverse el régimen sin disolverse el núcleo familiar, seguirán siendo aplicables las disposiciones del régimen matrimonial primario relativas al mantenimiento de los hijos (arts. 147 y 148 C.C.).

²⁰⁷ MACRI, "Scioglimento della comunione legale...", cit., pág. 92; PINO, *Il diritto di famiglia*, cit., pág. 129.

²⁰⁸ Los arts. 195 y 197 C.C. llaman la atención por su referencia a los bienes que pertenecían a los cónyuges antes de la entrada en vigor del régimen de gananciales y a los adquiridos por donación o herencia durante el mismo. La limitación es consecuencia del traslado literal de los arts. 228 y 230 C.C. 1942 (véase supra apdo. A) V, 2.7.), que se correspondían con un sistema en el que los únicos bienes privativos eran los citados, mientras que en el sistema vigente (véase supra apdo. B) IV, 2) el art. 179 C.C. prevé la existencia de otras categorías de bienes privativos (véase, por todos, CIAN e VILLANI, "La comunione dei beni...", cit., págs. 374-375).

La doctrina se ha cuestionado si la norma del art. 194 es aplicable en caso de disolución por quiebra de un cónyuge. Para unos el usufructo sólo podría constituirse sobre los bienes asignados al cónyuge no quebrado, lo que supondría atribuir al quebrado el mantenimiento de los hijos²⁰⁹. Para otros la declaración de quiebra no influye sobre la estructura personal de la familia y, por tanto, no debe incidir sobre las relaciones personales de los cónyuges entre sí ni en las de éstos con sus hijos. Pero tras establecer esta premisa, llegan a la misma solución: el usufructo únicamente puede constituirse sobre los bienes del cónyuge *in bonis*²¹⁰.

6.1.– Examen particular de la disolución por quiebra

Aun cuando, como ha puesto de manifiesto la doctrina, la causa de disolución más problemática es la de separación personal de los cónyuges, centrándose las soluciones jurisprudenciales en torno a si la separación de hecho es idónea para determinar la disolución, en qué momento del procedimiento de separación se verifica dicha disolución y cómo se articula la publicidad de dicha causa de disolución, sobre la cual el legislador ha guardado absoluto silencio²¹¹, presenta mayor interés para nuestro trabajo el análisis del supuesto de disolución del régimen de gananciales por declaración de quiebra de uno o ambos cónyuges²¹².

Las cuestiones que plantea la disolución por quiebra son tres: momento en que se verifican los efectos de la declaración de quiebra, consecuencias de la revocación de la declaración de quiebra y puesta en marcha del mecanismo de la presunción muciana²¹³.

²⁰⁹ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 200, nota 112.

²¹⁰ MACRI, "Scioglimento della comunione legale...", cit., pág. 94.

²¹¹ FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., págs. 526–550.

²¹² Sobre la identidad de razón para que la sumisión a la administración controlada o al concordato preventivo sean también causas de disolución del régimen de gananciales, véase COLUSSI, "Azienda coniugale e disciplina dell'impresa", cit., pág. 634.

²¹³ Sobre la presunción muciana véase *infra* capítulo VI, apdo. B) II, 4.3.

Por lo que al momento en que se verifican los efectos de la declaración de quiebra se refiere, hay que distinguir según la declaración sea anterior o posterior a la celebración del matrimonio. En el primer caso los cónyuges no podrán establecer el régimen de gananciales, quedando sometidos *ope legis* al régimen de separación de bienes²¹⁴. En el segundo caso la sociedad de gananciales cesa desde la primera hora del día en que se dicta la sentencia declarativa de la quiebra²¹⁵.

Dejando a salvo la publicidad propia de la sentencia declarativa (arts. 17 y 88 L.F.), la sentencia no necesita ser anotada al margen del acta de matrimonio, no sólo porque el art. 191 C.C. no dice nada al respecto²¹⁶, sino también porque en Derecho italiano el *status* de quebrado del empresario se presume *iuris et de iure* tras la sentencia declarativa de la quiebra²¹⁷.

El tema de la revocación de la sentencia que declara la quiebra es más problemático. Mientras que la reconciliación de los cónyuges no hace resurgir con carácter retroactivo la sociedad de gananciales, la revocación de la declaración, es decir, la revocación de la propia causa de disolución, produce efectos retroactivos en el ámbito de las relaciones patrimoniales de los cónyuges, quienes deben ser considerados como si hubieran vivido siempre bajo el régimen de gananciales²¹⁸.

La construcción teórica es válida e irrefutable, pero las consecuencias prácticas son inaceptables.

Efectuada la división de los bienes, bien por los cónyuges, bien por los órganos

²¹⁴ FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 1130.

²¹⁵ RAVAZZONI, "Lo scioglimento della comunione legale per il fallimento de uno dei coniugi", en *Il Dir. fall.*, 1979, I, págs. 64 y ss., pág. 67.

²¹⁶ RAVAZZONI, "Lo scioglimento...", cit., pág. 71.

²¹⁷ FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 1131.

²¹⁸ BARBIERA, "La comunione legale", cit., pág. 506; COLUSSI, "Azienda coniugale e disciplina dell'impresa", cit., pág. 629; SEGNI, "Gli atti di straordinaria amministrazione del singolo coniuge sui beni immobili della comunione", en *Riv. dir. civ.*, 1980, I, págs. 598 y ss., pág. 612.

de la quiebra, los actos de disposición realizados por el cónyuge adjudicatario son válidos, tanto en las relaciones internas como en las externas. Pero si los bienes subsisten en el patrimonio del esposo adjudicatario deben retomar su carácter ganancial, considerados como si nunca hubieran salido de la comunidad, lo que no es explicable, pues al tiempo que los bienes escapan a la disponibilidad del adjudicatario, permanecen ajenos a la comunidad²¹⁹.

En caso de no haberse efectuado la división caben dos hipótesis. Si los cónyuges realizan conjuntamente un acto de disposición, no se plantea problema alguno. Ahora bien, si el acto ha sido realizado por uno solo, estando sometidos los bienes al régimen de comunidad ordinaria, el acto es ineficaz frente a su consorte pues, en virtud del efecto retroactivo de la revocación de la declaración de quiebra, la sociedad de gananciales se tiene por no disuelta.

También son problemáticas las adquisiciones efectuadas separadamente por los cónyuges en el ínterin. Habida cuenta de la retroactividad de la revocación, las adquisiciones deberían ser gananciales. Pero no cabe duda de que los cónyuges actuaron a conciencia de que estaban sometidos al régimen de separación de bienes, y el art. 179 C.C. excluye la declaración de un cónyuge, posterior al acto de adquisición, como medio para descartar la naturaleza ganancial del bien.

Estas dificultades interpretativas han llevado a la doctrina a negar el efecto retroactivo de la revocación de la declaración de quiebra en el ámbito del régimen legal²²⁰.

V.- LOS REGIMENES CONVENCIONALES

1.- Régimen de separación de bienes

Pocas son las precisiones que se han de hacer en torno al vigente régimen de separación de bienes. Ya hemos indicado que de régimen legal ha pasado a ser

²¹⁹ FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 1137; SEGNI, "Gli atti di straordinaria...", cit., pág. 612, nota 33.

²²⁰ FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 1137.

régimen supletorio de segundo grado. Al margen de esta "degradación" únicamente hay que mencionar dos cuestiones.

En primer lugar, en el marco de la gestión de los bienes, la reintroducción del supuesto de administración por un cónyuge sin mandato pero con oposición, que ahora ya no tiene que ser por escrito, de su consorte, que se contenía en el art. 1430 C.C. 1865 y que fue suprimido por superfluo por el Código de 1942²²¹.

En segundo lugar, la disposición del art. 219 C.C., relativa a la prueba de la propiedad de los bienes, según la cual cada cónyuge puede probar por todos los medios, frente al otro, la propiedad exclusiva de un bien, añadiendo el párrafo 2º del citado precepto que, en caso de que ninguno pueda probar su propiedad exclusiva, se presume que los bienes les corresponden por mitad.

2.- Régimen de comunidad convencional

2.1.- Cuestiones generales

La comunidad convencional no es un régimen sustitutivo, en el sentido de un régimen distinto que pueden elegir los cónyuges en lugar del régimen de gananciales²²², sino que la autonomía privada de los cónyuges sólo alcanza a la modificación de los bienes que pasan a ser comunes, nunca a las normas sobre responsabilidad por las obligaciones ni a las reglas de disolución²²³.

Derogando el contenido de los arts. 177 y 179 C.C., los cónyuges pueden ampliar o restringir el objeto de la comunidad²²⁴. Lo pueden ampliar, incluyendo en la misma los bienes de que eran propietarios antes de la celebración del matrimonio, los

²²¹ Véase supra apdo. A) IV, 2, en especial 2.4.

²²² CORSI, *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 73; PINO, *Il diritto di famiglia*, cit., pág. 130.

²²³ Véase, por todos, DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 220.

²²⁴ FRAGALI, *La comunione*, cit., pág. 26; DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 222.

adquiridos por donación o herencia constante el régimen y los subrogados de los bienes privativos. Sin embargo, en ningún caso puede ampliarse a los bienes de uso estrictamente personal ni a los bienes destinados al ejercicio de la profesión (art. 210, párr. 2º C.C.). Y lo pueden restringir, excluyendo, en todo o en parte, las adquisiciones realizadas conjunta o separadamente durante la vigencia del régimen, los incrementos y beneficios de la "azienda" perteneciente antes del matrimonio a uno de los cónyuges pero gestionada por ambos, así como los bienes integrantes de la comunidad de residuo.

De esta posibilidad se deriva el que a la comunidad convencional se apliquen diversas normativas. A los bienes que siguen siendo privativos se les aplican las normas del régimen de separación de bienes (art. 185 C.C.); a los bienes que entran en la previsión del art. 177 C.C. (bienes comunes) se aplican las normas del régimen legal sobre administración, igualdad de cuotas y disolución del régimen; a los demás bienes que entran en comunidad por efecto de los pactos capitulares se aplican las medidas convenidas por los cónyuges, pero siempre dentro del marco de la inderogabilidad de los arts. 160 C.C. (imperatividad de las normas del régimen primario) y 161 C.C. (referencia genérica a leyes o usos) prevista por el art. 210 C.C.

2.2.- Deudas comunes y privativas

Los bienes que forman parte de la comunidad convencional están sometidos a una responsabilidad patrimonial distinta de la prevista para el régimen legal. Del juego conjunto de los arts. 189 y 211 C.C. resulta que todos los bienes comunes responden de las deudas contraídas por los cónyuges antes del matrimonio. Los acreedores personales, anteriores a la instauración del régimen de comunidad convencional, concurren en pie de igualdad con los acreedores de la comunidad hasta el límite del valor de los bienes adquiridos con anterioridad a la vigencia del régimen y eventualmente incluidos en la comunidad. Al margen de dicho valor, los acreedores particulares concurren sobre el resto de los bienes comunes, pero quedan postergados a los acreedores comunes; sólo pueden intentar la ejecución sobre los bienes comunes en vía subsidiaria y en el límite del valor de la cuota correspondiente a su deudor.

3.- El fondo patrimonial

3.1.- Analogías y diferencias con el patrimonio familiar

Como ya hemos indicado, una de las modificaciones introducidas por el legislador del 75 ha sido la sustitución del patrimonio familiar por el fondo patrimonial.

El patrimonio familiar había sido duramente criticado por la doctrina ya que las solemnidades que requería lo dejaban en un régimen para aristócratas y plutócratas; el hecho de que unos bienes determinados hubieran de ser destinados, en exclusiva, al mantenimiento de la familia era un concepto ajeno a la mentalidad del hombre de la calle, que cubre las necesidades de la familia con todos sus recursos, y, por último, porque dichos bienes quedaban congelados, sin que se pudiera, en el momento oportuno, llevar a cabo una inversión ventajosa²²⁵.

Vistos los defectos o, si se quiere, la inoperancia del instituto, una reforma radical del mismo podía servir para dar solución a los casos, extremos y excepcionales, en que cada cónyuge, por su lado, se dedica a dilapidar su fortuna, desatendiendo las necesidades de la familia.

Pero lo cierto es que, no obstante las manifestaciones en pro de la abolición del instituto, el legislador italiano lo ha mantenido, sin proceder a esa reforma radical, lo que ha dado como resultado un rechazo del mismo por la práctica²²⁶.

Según el vigente art. 167 C.C., el fondo patrimonial, al igual que su predecesor²²⁷, es un conjunto de bienes, constituido como tal, perteneciente a un tercero, a un cónyuge o ambos, destinado por su titular a la cobertura de las necesidades e intereses de la familia.

²²⁵ Véase FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., págs. 796-798.

²²⁶ FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., pág. 111.

²²⁷ Véase supra apdo. A) V, 3.

Sobre la base del mismo concepto y finalidad, el fondo patrimonial se diferencia del patrimonio familiar por: ampliación del objeto a bienes muebles registrados (art. 167, párr. 1º C.C.); la administración corresponde conjuntamente a ambos cónyuges (art. 168, párr. 3º C.C.); los bienes pueden ser enajenados, sin necesidad de intervención de la autoridad judicial, si no existen hijos menores de edad (art. 169 C.C.); los bienes pueden ser sometidos a ejecución forzosa, por deudas contraídas en interés de la familia (art. 170 C.C.) y, disuelto el matrimonio, el juez puede atribuir a los hijos mayores de edad, en usufructo o en propiedad, una cuota de los bienes (art. 171 C.C.).

3.2.- Incidencia de la declaración de quiebra

El art. 46 L.F., al disponer qué bienes escapan a la ejecución concursal, en su nº 3 hace referencia a las "rentas de los bienes constituidos en patrimonio familiar", dejando a salvo, no obstante, lo dispuesto en el antiguo art. 170 C.C. ("los frutos de los bienes que constituyen el patrimonio familiar no pueden ser ejecutados por obligaciones que el acreedor sabía que se habían contraído con fines ajenos al interés de la familia") y sobreentendiendo, implícitamente, la no inclusión de los bienes constituidos en patrimonio familiar en la masa de la quiebra.

Ahora bien, al hilo de la reforma del Derecho de familia, el art. 46 L.F. no ha sido objeto de la modificación correspondiente. Y de ahí la necesidad de coordinar la nueva normativa con el instituto de la quiebra.

La doctrina²²⁸ y la jurisprudencia²²⁹ consideran inaplicable, tanto directa como analógicamente, el art. 46 L.F. al fondo patrimonial. Y partiendo de esta base, la doctrina ha propuesto varias alternativas.

²²⁸ BIANCA, *Diritto civile, II*, cit., pág. 100; CORSI, *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 199; FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 846; FRASCAROLI SANTI, "Fondo patrimoniale e fallimento", en *Il Dir. fall.*, 1978, I, págs. 475 y ss., pág. 478; GABRIELLI, "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale", en *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, págs. 293 y ss., pág. 306. En contra, RAVAZZONI, "Lo scioglimento...", cit., pág. 95, nota 51.

²²⁹ FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., pág. 159.

Si los dos cónyuges son declarados en quiebra y sólo tienen el usufructo de los bienes del fondo, los frutos de los bienes se integran en la masa de la quiebra, y si son propietarios de los mismos, se integran los bienes. Con dichos bienes debe formarse una masa separada, destinada a satisfacer los créditos nacidos de obligaciones contraídas en interés de la familia²³⁰. No obstante el mantenimiento del vínculo, sentada la naturaleza gratuita del acto constitutivo del fondo patrimonial²³¹, éste puede verse afectado por la acción revocatoria del art. 64 L.F, relativa a los actos a título gratuito.

Si sólo es declarado en quiebra uno de los cónyuges, hay que distinguir según sea o no propietario exclusivo de los bienes del fondo. En el primer caso la solución es la misma que si son propietarios los dos²³². En el segundo, para unos el síndico podrá, alternativamente, separar, cuando sea posible, la cuota del quebrado y venderla indivisa o procediendo a su división según las disposiciones del art. 559 Cod. proc. civ.²³³; para otros el fondo patrimonial no se ve afectado por la quiebra, pues está compuesto por bienes que no pertenecen al quebrado, sino, indisolublemente, a él y a otra persona²³⁴.

Las soluciones apuntadas por la doctrina contrastan claramente con la voluntad del legislador de proteger especialmente los bienes constituidos en fondo patrimonial, pero casan perfectamente con la "ligereza" del legislador a la hora de regular la materia relativa a la de quiebra de los cónyuges²³⁵.

²³⁰ Véanse CIAN e CAROTTO, "Fondo patrimoniale della famiglia", en *Novissimo dig. it., Appendice, III*, Torino, 1982, págs. 825 y ss., pág. 829; FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., pág. 168.

²³¹ Véase supra apdo. A) V, 3.1.1.

²³² FRASCAROLI SANTI, "Fondo patrimoniale e fallimento", cit., pág. 480.

²³³ FRASCAROLI SANTI, "Fondo patrimoniale e fallimento", cit., pág. 482.

²³⁴ GABRIELLI, "Patrimonio familiare...", cit., pág. 308.

²³⁵ FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 848.

VI.- LA EMPRESA FAMILIAR

1.- Concepto

La norma a la que, sin lugar a dudas, mayor atención han prestado la doctrina y la jurisprudencia, en el marco del régimen patrimonial de la familia, es la del art. 230-bis C.C., que regula la llamada empresa familiar²³⁶.

La razón de tanta atención está no sólo en la gran utilización práctica del instituto y en el trato de favor que le ha dispensado el legislador fiscal²³⁷, sino también en la complejidad de su configuración, sobre la que se ha dicho todo y lo contrario de todo.

La mayor dificultad que presenta la empresa familiar radica en que "se inserta en el punto de confluencia de dos grandes áreas del Derecho privado, cada una de las cuales se rige por principios propios y antitéticos respecto a los de la otra: de un lado el derecho de la empresa, en el que predomina la lógica de la eficiencia y de la libertad de maniobra; del otro el derecho de familia, en el que dominan principios completamente diferentes"²³⁸.

El ingente esfuerzo realizado por la jurisprudencia para dar una interpretación coherente y uniforme de esta disciplina se ha visto enormemente complicado por leyes posteriores, ajenas al Código civil y al Derecho de familia, en concreto la ley 1982/216, de reforma de los pactos agrarios y la ley 1985/17, "Visentini", que han acogido otras nociones de empresa familiar.

²³⁶ Una extensa relación de la copiosa y desbordante producción jurisprudencial y doctrinal puede verse en FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., págs. 1226-1233; FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, págs. 583-793.

²³⁷ Sobre el tratamiento fiscal de la empresa familiar, véase LA ROSA, "L'impresa familiare alla luce del trattamento tributario: spunti per una ricostruzione" en *La riforma del Diritto di famiglia dieci anni dopo: Bilancio e prospettive. Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985*, Padova, 1986, págs. 237 y ss.

²³⁸ GALGANO, "Impresa familiare", en *Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma*, cit., págs. 103 y ss., pág. 103.

La ley no da una definición exacta de la empresa familiar. Esta puede obtenerse, no obstante, del análisis y conexión de los distintos párrafos del art. 230-*bis* C.C. Partiendo de esa integración, tanto la doctrina como la jurisprudencia convienen en que estamos en presencia de una empresa familiar cuando el trabajo continuado que desarrollan los familiares –entendiendo por tales el cónyuge, los consanguíneos hasta el tercer grado y los afines hasta el segundo grado, en favor del empresario, ya sea en casa, ya en la empresa familiar– no se efectúa por una relación de trabajo por cuenta ajena, ni por un contrato de sociedad, sino que se realiza sobre la base del vínculo familiar, es decir, por razones de solidaridad familiar²³⁹.

2.- Constitución y naturaleza

El presupuesto de hecho, constitutivo de la empresa familiar, cuyo origen está en la ley y no en un contrato²⁴⁰, es el desarrollo de una actividad económica por parte de un grupo familiar.

La actividad de la empresa familiar es normalmente una actividad de **empresa**, es decir, una actividad económica autónoma organizada para la producción de bienes y servicios, sea cual sea su dimensión.

Un problema que se ha planteado en diversas ocasiones y que ha recibido distintas soluciones, es el de si se puede afirmar la existencia de una empresa familiar cuando el que participa no es el cónyuge, sino el compañero. Las posiciones doctrinales en torno a la aplicabilidad del art. 230-*bis* a las parejas convivientes *more uxorio* van desde la negativa²⁴¹ a la afirmativa²⁴², si bien, como ha demostrado la

²³⁹ FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., págs. 584–585.

²⁴⁰ BIANCA, *Diritto civile, II*, cit., pág. 315.

²⁴¹ Véanse, por todos, ANDRINI, "L'impresa familiare", en *Azienda coniugale e impresa familiare*, cit., págs. 60 y ss., pág. 212; COLUSSI, *Impresa e familia*, Milano, 1985, pág. 77, pero ya en "Impresa familiare", en *Riv. dir. civ.*, 1981, I, págs. 623 y ss., pág. 663.

²⁴² Véase, por todos, BIANCA, *Diritto civile, II*, cit., pág. 317.

jurisprudencia²⁴³, parece ir cobrando cada vez mayor fuerza una progresiva equiparación del convivente al cónyuge²⁴⁴.

Una segunda cuestión es la de si la empresa familiar es una empresa individual o colectiva. Al igual que en el caso anterior, las soluciones son de lo más variado y opuesto. La doctrina mayoritaria defiende la naturaleza individual de la empresa familiar²⁴⁵. La posición minoritaria, por el contrario, aboga por la naturaleza colectiva de la misma²⁴⁶, pero ahí cesa la coincidencia. Una vez establecido que es colectiva, se producen nuevas divisiones en torno a qué tipo societario: de hecho, legal, modelo sui generis, asociación no reconocida, etc.²⁴⁷.

3.- Derechos de los partícipes

Según el párr. 1º del art. 230-*bis* C.C., los familiares que trabajan en la empresa familiar tienen derecho a su mantenimiento según el nivel económico de la familia y a participar en los beneficios e incrementos de la empresa, en función de la cantidad y calidad del trabajo desarrollado, pudiendo, según el párr. 4º del mismo precepto, transferir su derecho de participación a otros familiares, pero nunca a terceros ajenos al núcleo familiar.

El art. 230-*bis* C.C. prescinde del estado de necesidad o de la escasa capacidad patrimonial de los familiares que tienen derecho al mantenimiento; únicamente tiene

²⁴³ FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., pág. 669.

²⁴⁴ GALGANO, "Impresa familiare", cit., pág. 107.

²⁴⁵ ANDRINI, "L'impresa familiare", cit., pág. 84; FERRI, G., "Impresa coniugale e impresa familiare", cit., pág. 7; GALGANO, "Impresa familiare", cit., pág. 108; PELLEGRINO, "Impresa coniugale, impresa familiare e fallimento", en *Il Dir. fall.*, 1981, I, págs. 5 y ss., pág. 19.

²⁴⁶ Véase, por todos, BUSNELLI, "Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi", en *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1976, II, págs. 1396 y ss., pág. 1414.

²⁴⁷ Para las consecuencias externas de la aceptación de la teoría de la naturaleza colectiva de la empresa familiar, véase FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., págs. 686 y 767-777.

en cuenta el dato del nivel económico de la familia²⁴⁸. Se trata, en definitiva, de un concepto retributivo, no de un concepto asistencial.

Cómo se articula el derecho de participación en los beneficios e incrementos es uno más de los temas objeto de debate doctrinal. Para unos, los menos, se concreta en la adquisición inmediata de los beneficios e incrementos²⁴⁹. Para otros, sobre la base de que la relación existente entre familiares y empresario tiene efectos meramente internos²⁵⁰, el derecho de participación no es un derecho real, sino un derecho de crédito, que surge frente al empresario y no frente a los bienes "aziendali" y que tiene por objeto el pago de una suma de dinero²⁵¹, que sólo puede ser determinada una vez que ha cesado la relación²⁵², y que queda supeditado a la cobertura previa del derecho al mantenimiento.

4.- Gestión y responsabilidad

El 2º inciso del párr. 1º del art. 230-bis C.C. establece que "las decisiones relativas al empleo de los beneficios e incrementos, así como las inherentes a la administración extraordinaria, a las directrices de producción y a la cesación de la empresa se adoptan por mayoría por los familiares partícipes en la empresa".

El primer punto de fricción es el relativo a la identificación que hace el art. 230-bis entre trabajo doméstico y trabajo en la empresa. La identificación es alabada

²⁴⁸ ANDRINI, "L'impresa familiare", cit., pág. 160. En contra, condicionando el derecho a la existencia de un estado de necesidad, PANUCCIO, *L'impresa familiare*, Milano, 1976, págs. 66-67.

²⁴⁹ BIANCA, *Diritto civile, II*, cit., pág. 318.

²⁵⁰ Cuestión sobre la que no existe acuerdo jurisprudencial, habiéndose admitido que se trata de una relación puramente interna, así como que tiene relevancia externa, GALGANO, "Impresa familiare", cit., pág. 109.

²⁵¹ Véase, por todos, CORSI, *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 218.

²⁵² ANDRINI, "L'impresa familiare", cit., pág. 225; CIAN e VILLANI, "La comunione dei beni...", cit., pág. 404; GALGANO, "Impresa familiare", cit., pág. 109.

por unos²⁵³ y denostada por otros, que llegan a calificarla de "absurdo", advirtiendo la incoherencia de que personas ajenas por completo a la actividad empresarial lleguen a influir en la misma con su voto²⁵⁴.

Por el contrario, la doctrina se manifiesta unánime en cuanto a que la mayoría de votos se calcula por personas y no por el valor de las participaciones²⁵⁵. No obstante, el familiar–empresario no tiene derecho de voto, pues él es el destinatario de las decisiones tomadas por los familiares–trabajadores²⁵⁶.

Los defensores de la naturaleza individual de la empresa familiar consideran que la administración ordinaria de la empresa corresponde únicamente al titular de la misma²⁵⁷, mientras que los defensores de la naturaleza colectiva de la empresa la atribuyen a todos los familiares²⁵⁸.

Las decisiones, tomadas por la mayoría de los familiares y para las cuales no hay prevista ninguna formalidad particular, no implican cogestión, si bien pueden limitar notablemente los poderes de gestión del empresario, especialmente en lo concerniente a la utilización de los beneficios e incrementos de la "azienda"²⁵⁹. Según la jurisprudencia, aunque ésta no parece ser una posición consolidada, las decisiones tomadas por el cabeza de familia sin una manifestación de voluntad de la mayoría de los familiares tienen, de cara a terceros, la misma eficacia que los actos realizados por

²⁵³ Véase, por todos, CORSI, *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 222.

²⁵⁴ Véase, por todos, COLUSSI, *Impresa e famiglia*", cit., pág. 114.

²⁵⁵ Véase, por todos, CORSI, *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 222.

²⁵⁶ COLUSSI, *Impresa e famiglia*, cit., pág. 115.

²⁵⁷ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 220; COSTI, *Lavoro e impresa...*, cit., pág. 82; DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 314; FRAGALI, *La comunione*, cit., págs. 43 y 61; PANUCCIO, *L'impresa familiare*, cit., pág. 69; PINO, *Il diritto di famiglia*, cit., pág. 147.

²⁵⁸ BUSNELLI, "Impresa familiare...", cit., pág. 1419; GABRIELLI, "L'azienda gestite da entrambi i coniugi...", cit., págs. 704–705.

²⁵⁹ PINO, *Il diritto di famiglia*, cit., pág. 148.

el órgano de un ente, sobrepasando sus poderes²⁶⁰.

La importancia de los poderes reconocidos a la mayoría del grupo familiar ha inducido a un sector de la doctrina a atribuir sin más la cualidad de empresario a cada uno de los partícipes²⁶¹. Sin embargo, la mayoría de la doctrina se decanta por la solución contraria: únicamente es empresario el titular de la empresa familiar, quien asume el riesgo empresarial y la correspondiente responsabilidad²⁶². Ello es así porque el titular, que opera en las relaciones externas, no actúa ni como representante ni como mandatario de sus familiares, sino que actúa por cuenta y nombre propio, y la responsabilidad por las obligaciones asumidas no puede extenderse, en ausencia de norma al respecto, a los familiares que colaboran con él²⁶³. Y en consonancia con esta responsabilidad única, sólo el familiar-empresario podrá verse sujeto a un procedimiento de quiebra²⁶⁴.

5.- El derecho de prelación

5.1.- En la transferencia de la "azienda"

El interés de los familiares-trabajadores en el mantenimiento de su posición en la empresa familiar viene tutelado con la concesión de una prelación legal sobre la "azienda" en caso de transferencia de la misma (art. 230-bis párr. 5º C.C.).

La titularidad del derecho de prelación corresponde a todos los familiares, con independencia de la cantidad y calidad del trabajo desarrollado. El derecho de prelación puede ser ejercido por uno solo de los familiares o por todos. El ejercicio del derecho sobre la "azienda" excluye que exista una prelación sobre los bienes

²⁶⁰ GALGANO, "Impresa familiare", cit., pág. 109.

²⁶¹ FINOCCHIARO e FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 1367; GRAZIANI, "L'impresa familiare", en *Trattato di diritto privato*, III-2, cit. págs. 547 y ss., pág. 554.

²⁶² Véase, por todos, COLUSSI, *Impresa e famiglia*, cit., págs. 58-59.

²⁶³ COSTI, *Lavoro e impresa...*, cit., pág. 89.

²⁶⁴ Véase, por todos, ANDRINI, "L'impresa familiare", cit., pág. 155.

singulares que la componen; no obstante, el derecho puede ser ejercido sobre un ramo de la "azienda"²⁶⁵.

Transferencia de la "azienda" significa venta, es decir, enajenación a título oneroso de la misma, incluso cuando se trate de venta forzosa como consecuencia de un procedimiento de quiebra²⁶⁶. La situación se complica un poco más cuando la "azienda" transferida ha experimentado beneficios e incrementos, sobre los cuales los familiares-trabajadores tienen un derecho de participación, ya que su enajenación requiere el consentimiento de la mayoría²⁶⁷.

5.2.- En la división hereditaria

La referencia del párr. 5º del art. 230-*bis* C.C. al "caso de división hereditaria", considerada como expresión técnicamente carente de sentido, quiere indicar que en caso de concurrencia de herederos participantes en la empresa y herederos ajenos a la misma, los primeros tienen un derecho a hacerse asignar la "azienda" antes que otros bienes²⁶⁸.

En el caso de que la "azienda" constituya el único bien hereditario, el derecho de prelación implica que los herederos partícipes deben liquidar monetariamente el valor de su cuota a los no partícipes²⁶⁹.

²⁶⁵ COLUSSI, *Impresa e famiglia*, cit., pág. 142.

²⁶⁶ COLUSSI, *Impresa e famiglia*, cit., pág. 145. En contra, defendiendo la transferencia a título gratuito, ANDRINI, "L'impresa familiare", cit., págs.273-275.

²⁶⁷ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 230.

²⁶⁸ COLUSSI, *Impresa e famiglia*, cit., pág. 146; CORSI, *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 231; DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale...*, cit., pág. 316. En contra, al menos parcialmente, COSTI, *Lavoro e impresa...*, cit., pág. 100, quien reconoce el derecho de prelación a todos los partícipes, aunque no sean herederos, sobre la cuota hereditaria correspondiente a los no participantes en la empresa.

²⁶⁹ ANDRINI, "L'impresa familiare", cit., pág. 272; CORSI, *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 232.

Las cosas pueden complicarse cuando, vigente el régimen legal, concurren las normas del régimen de gananciales y las normas sobre sucesiones. En efecto, la "azienda" constituida después del matrimonio y ejercitada por uno solo de los cónyuges, a la disolución del régimen entra, según el art. 178 C.C., en comunidad de **residuo**. Por tanto, a la muerte del empresario se deberá proceder en primer lugar a satisfacer el derecho de participación de los familiares-partícipes, y el resto será lo que entre en comunidad de residuo. Sobre este residuo, cuya mitad correspondiente al difunto sigue las normas sucesorias, los familiares-partícipes y herederos podrán ejercer su derecho de prelación. El problema o la duda se plantea, aunque sin respuesta, en torno a si el derecho de prelación puede extenderse a la mitad correspondiente al cónyuge supérstite²⁷⁰.

Un supuesto distinto es el de la "azienda" ganancial del art. 177, d) C.C., en la que colaboran otros familiares. A la muerte de uno de los cónyuges deberá procederse, en primer lugar, a la satisfacción del derecho de prelación de los familiares-trabajadores. A continuación se procederá a la división de cuanto quede, asignando al supérstite la mitad de ello (art. 194 C.C.). La otra mitad será objeto de división hereditaria, en la que irán incluidos los bienes privativos del difunto. En este caso los familiares-trabajadores y herederos pueden ejercer su derecho de prelación sobre la cuota correspondiente a los herederos no partícipes, e igualmente el cónyuge supérstite²⁷¹, cuya tutela por el art. 230-bis C.C. ha sido calificada por el Tribunal Supremo de "mínima e inderogable"²⁷².

6.- Disolución

La empresa familiar se disuelve, en primer lugar, por el cese de la actividad de empresa. También se disuelve por decisión de la mayoría de los partícipes, pero entendiendo, tal y como lo ha clarificado la jurisprudencia, que esto no significa la clausura de la "azienda". La decisión que adopte la mayoría únicamente puede ir

²⁷⁰ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 233, nota 95.

²⁷¹ ANDRINI, "L'impresa familiare", cit., pág. 94; CORSI, *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 234.

²⁷² ANDRINI, "L'impresa familiare", cit., pág. 95.

referida a que, a partir de la adopción de la decisión, la empresa deje de tener el carácter de familiar, pero en ningún caso puede significar que los familiares tienen derecho a decidir el cese de la actividad empresarial, decisión que corresponde única y exclusivamente al titular de la misma²⁷³. La disolución, además, puede producirse por fallecimiento del empresario, por transferencia de los derechos de participación, por desaparición del vínculo familiar²⁷⁴, por fuerza mayor, por enajenación de la "azienda" a otro familiar, etc.

La disolución de la empresa implica la división de los bienes sobre los que los familiares-trabajadores tienen un derecho de participación; división que se realiza según las normas de la división de la herencia (arts. 713 y ss. C.C.).

La ley no establece expresamente la exclusión de un partícipe por el grupo. No obstante, la doctrina reconoce este derecho al empresario²⁷⁵, pero la posición inversa, exclusión del empresario por los familiares, no acaba de consolidarse. Para unos es lógica y consecuente, pues otra solución iría contra el derecho de autotutela de los grupos organizados²⁷⁶; para otros, más cautelosos, la exclusión del empresario sólo debe producirse cuando exista una "justa causa", pero sin que su inexistencia implique la ineficacia de la exclusión, debiendo el empresario resarcir el daño sufrido por sus familiares²⁷⁷.

Concluida la prestación de trabajo (o cesada la empresa familiar), también decae el derecho al mantenimiento, el cual, como hemos visto, tiene su fundamento en la prestación laboral.

²⁷³ GALGANO, "Impresa familiare", cit., págs.108-109.

²⁷⁴ CORSI, *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 234. En contra, BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., pág.328.

²⁷⁵ FINOCCHIARO e FINOCCHIARO. *Diritto di famiglia...*, I, cit., pág. 1387.

²⁷⁶ BIANCA, *Diritto di famiglia*, II, cit., pág. 328.

²⁷⁷ COLUSSI, *Impresa e famiglia*, cit., pág. 132.

SECCION SEGUNDA

***LA CONFORMACION DE LA MASA ACTIVA DE LA QUIEBRA
Y LOS DERECHOS DEL CONYUGE DEL QUEBRADO***

CAPITULO CUARTO

ORDENAMIENTO FRANCES

A) Del Código de Comercio a las reformas de 1967	314
I. Esbozo de la evolución legislativa	314
II. La Quiebra	317
1. Declaración y efectos: Aproximación	317
2. El desapoderamiento del quebrado	318
3. La reintegración de la masa	323
3.1. Inoponibilidades de derecho	326
3.2. Inoponibilidades facultativas	331
3.3. Inoponibilidad de las inscripciones hipotecarias tardías	335
4. Derechos de la mujer del quebrado	336
4.1. Ideas generales	338
4.2. Inoponibilidad de las donaciones y liberalidades matrimoniales	339
4.3. Restricciones a la hipoteca legal	340
4.4. Reivindicación de sus bienes propios	344
B) Las incidencias de la Ley de 13 de julio de 1967 sobre el decreto de 20 de mayo de 1955	348
C) Las reformas de 1967 y 1985	351
I. Introducción	351
II. Los procedimientos concursales	352
1. Declaración y efectos: Aproximación	352
2. El desapoderamiento del deudor	353
3. La reintegración de la masa	355
3.1. Nulidades de derecho	357
3.2. Nulidades facultativas	360
4. Derechos del cónyuge del deudor	361

A) DEL CODIGO DE COMERCIO A LAS REFORMAS DE 1967

I.- ESBOZO DE LA EVOLUCION LEGISLATIVA

Habida cuenta de que en este apartado vamos a pasar revista a siglo y medio de legislación, nos parece conveniente iniciarlo con una breve reseña histórica de la misma.

De 1807 a 1967, el derecho francés mantuvo inalterados sus principios rectores y su evolución se produjo en el seno de una misma concepción de la quiebra: institución comercial, concebida para las personas físicas, de carácter penal.

En materia de quiebra, el Código de comercio de 1807, aun cuando supuso un innegable avance en relación con el derecho anterior, rápidamente pasó a formar parte de las fuentes históricas, siendo sustituido por la ley de 28 de mayo de 1838, primera etapa de la reforma, a la que siguieron la ley de 4 de marzo de 1889 y el decreto nº 583 de 20 de mayo de 1955.

El extremo rigor de las disposiciones del Código de comercio, manifestación expresa de la voluntad del Emperador¹, y la organización técnica del procedimiento fueron objeto de crítica, abriendo el camino para la reforma².

¹ "El Emperador, tras haber elevado a lo más alto la reputación de nuestras armas, tras haber hecho renacer la justicia en nuestras leyes, el orden en nuestra administración, ha querido aún más, ha querido resucitar la moral pública, porque él sabe que sin ella las naciones que resplandecen carecen de grandeza real, de un poder sólido, de una prosperidad duradera: ya tenemos bastante gloria, nos faltan las buenas costumbres. Desde esta óptica este príncipe se ha inclinado por una ley severa sobre las quiebras y bancarrotas" (LOCRE, *Esprit du Code de Commerce*, V, Paris, 1811, págs. 2 y 3).

² "Sea cual sea su valor, el destino casi fatal de todas las leyes sobre la quiebra es provocar la crítica. Dado el número y la complejidad de los intereses afectados por la

La reforma, iniciada en 1827 e interrumpida por la Revolución de 1830, culminó con la ley de 28 de mayo de 1838. Esta ley supuso, para el deudor, una atenuación del carácter rigurosamente represivo, y para los acreedores, un perfeccionamiento técnico del procedimiento.

Suprimida la prisión por deudas por la ley de 22 de julio de 1867, algunas de las disposiciones vigentes no encajaban bien. Como consecuencia, la ley de 4 de marzo de 1889, sin apenas modificar la quiebra, introdujo un segundo procedimiento en beneficio de los deudores desafortunados y de buena fe, la liquidación judicial, especie de quiebra atenuada, que se sustentaba en la idea de diversificar las formas de liquidación y las sanciones según las causas de la quiebra y el comportamiento del deudor. Sin embargo, aun cuando se trataba de acelerar el procedimiento y de mejorar la posición de los acreedores, la eficacia de la ley se vió mermada por sus propias imperfecciones técnicas, dando lugar a que numerosas liquidaciones se convirtieran en quiebras y a numerosas terminaciones por insuficiencia del activo³.

A pesar de la ley de 1889, la reforma de la quiebra no dejó de preocupar al legislador, quien, por la vía de los decretos-leyes, llevó a cabo una modificación significativa⁴. El decreto-ley de 8 de agosto de 1935 tuvo por objeto una simplificación y un aceleramiento de los procedimientos, para lo cual intensificó la

institución, es poco menos que imposible que no haya alguna imperfección, y más imposible aún que al cabo de algún tiempo, habiendo cambiado alguno de los intereses involucrados, no sea necesaria una modificación correspondiente de la ley. A esta consideración se añade otra de tipo moral; todo el mundo pierde en la quiebra y por un sentimiento muy humano, aunque poco justificado, se le echan al legislador las culpas de las pérdidas que se sufren, cuando en realidad derivan de la situación de hecho... Así se explica la frecuencia de los cambios en las legislaciones de quiebra, tan numerosos en todos los países" (PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, I, Paris, 1935, pág. 37).

³ PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, I, pág. 44, nota 1.

⁴ En el periodo de entre guerras se establecieron dos nuevos procedimientos con la finalidad, muy específica, de resolver la liquidación de empresas afectadas por la guerra o por la crisis económica: règlement transactionnel pour cause de guerre entre les débiteurs et leurs créanciers (ley de 2 de julio de 1919) y règlement amiable homologué (decreto-ley de 25 de agosto de 1937).

actuación judicial y disminuyó correlativamente el papel de las juntas de acreedores⁵.

Con el decreto nº 583 de 20 de mayo de 1955, cuyas disposiciones fueron incorporadas al Código de comercio por la ordenanza de 12 de diciembre de 1958, así como con el decreto nº 603, de igual fecha⁶, se produce una nueva reforma. Según su Exposición de Motivos, la quiebra se concibe como una medida, excepcional, de eliminación, aplicable a los comerciantes que cesan en el pago de sus obligaciones, y que no merecen librarse de las inhabilitaciones inherentes a este procedimiento; se suprime el convenio en la quiebra y la liquidación judicial, reorganizada bajo la denominación arreglo judicial (*règlement judiciaire*), se transforma en un procedimiento de derecho común orientado al convenio, al saneamiento de las empresas, bajo control judicial⁷.

A lo largo de este siglo y medio se mantiene inalterable la conexión persona-patrimonio; conexión rota por la ley de 13 de julio de 1967, que consagró la separación de los efectos personales y patrimoniales de la quiebra, provocando así una reforma de la propia estructura de la institución.

Esta es la razón que nos permite distinguir dos fases claramente diferenciadas en la historia del derecho concursal francés.

⁵ Un dato significativo de este decreto es la adopción de medidas particulares para los supuestos de quiebra de sociedades, pues el carácter represivo del procedimiento de quiebra no podía alcanzar a los administradores de sociedades anónimas ni a los gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, que carecían de la cualidad de comerciantes.

La ley nº 66-537 de 24 de julio de 1966 sobre las sociedades comerciales no supuso una innovación importante en el ámbito de la quiebra. Sin embargo, es de destacar la novedad introducida por su art. 54, que sometía a los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada a las inhabilitaciones propias de los procedimientos concursales.

⁶ El decreto nº 603, por el que se daba un estatuto a los síndicos y a los administradores judiciales, fue completado por un reglamento de 18 de junio de 1956 y por un decreto de 9 de septiembre de 1956, y fue modificado por una ordenanza de 29 de octubre de 1958.

⁷ Un análisis del significado de la reforma puede verse en HOUIN, "La réforme de la faillite et de la liquidation judiciaire", en *Rev. tr. dr. comm.*, 1955, pág.480 y ss.

II.- LA QUIEBRA

1.- Declaración y efectos: Aproximación

Para crear la situación real de quiebra, oponible a todos, es preciso un pronunciamiento del tribunal competente. La naturaleza de la sentencia ha pasado de declarativa (art. 437 C. com.: todo comerciante que cesa en sus pagos está en quiebra) a constitutiva (arts. 440 y 441 C. com., red. 1838 y art. 11 D. 1955 : la quiebra es declarada por sentencia del tribunal de comercio). La consagración de la naturaleza constitutiva de la sentencia declarativa puso fin a la teoría de la quiebra de hecho: a falta de sentencia, la quiebra no resulta del mero hecho de la cesación de pagos (art. 11-1 D. 1955), lo que, sin embargo, no impide, si procede, la condena penal (art. 11-2 D. 1955)⁸.

La sentencia declarativa es el punto de arranque de un procedimiento que comprende diversas operaciones encaminadas a salvaguardar los intereses de los acreedores y del deudor. El primer efecto de la sentencia es la apertura del procedimiento, al que siguen otros efectos que quizá sean los que aquí más nos interesen: el quebrado se ve afectado por una serie de incapacidades o inhabilitaciones, políticas o profesionales, reforzadas en el transcurso del siglo XX, siendo de destacar la ley de 30 de agosto de 1947 (art. 1-12^o) que prohibió al quebrado ejercer cualquier profesión industrial o comercial; el quebrado es desposeído de la administración de todos sus bienes (art. 442 C.com., art. 443 red. 1838, art. 37 D. 1955) pasando la administración de los mismos a terceras personas (art. 454 C. com., art. 462 red. 1838, art. 61 D. 1955); se suspenden las acciones individuales de ejecución⁹ y los acreedores del quebrado se agrupan legalmente y de pleno derecho para la mejor liquidación del patrimonio del deudor; las deudas no vencidas devienen exigibles (art. 448 C. com., art. 444 red. 1838, art. 39 D. 1955); se interrumpe el curso de los intereses de los créditos no garantizados por un privilegio especial, una prenda o una hipoteca (Cass.

⁸ Sobre los efectos adversos de la sentencia declarativa bajo el imperio del Código de comercio véase RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, II, Paris, 1960, pág. 261.

⁹ Esta regla, que se venía deduciendo del principio de la desposesión del quebrado y de la concentración de la administración en manos de los síndicos, recibió respaldo legislativo en el art. 38 del Decreto de 1955.

14 juill. 1829; art. 445 C. com. red. 1838, art. 40 D. 1955); la masa de acreedores goza de una hipoteca legal sobre los bienes inmuebles del deudor (art. 500 C. com., art. 490-3 red. 1838, art. 49 D. 1955); por último, la quiebra ejerce una especial influencia sobre los derechos de algunas personas cuyas garantías ordinarias resultan bien eclipsadas, bien restringidas, bien subordinadas a condiciones especiales, particularmente en lo relativo a la prueba de los créditos a los que están ligados dichas garantías; este es el caso, principalmente, de la mujer del quebrado (arts. 547, 548, 549 C. com., arts. 557, 558, 560 red. 1838 y arts. 105 y 109 D. 1955).

2.- El desapoderamiento del quebrado

Por reacción frente a las disposiciones de la Ordenanza de 1673, que preveía el desapoderamiento, pero de forma insuficiente, haciéndolo depender de la declaración de quiebra, que el deudor podía retrasar e incluso evitar a su antojo, perpetuándose en la administración de sus bienes (Título, 2º, art. 3), los redactores del Código de comercio estimaron que era preciso "paralizar al quebrado en el momento mismo en el que se manifiesta la quiebra"¹⁰, para lo que había que hacerle perder la administración de sus bienes, a fin de que no pudiera actuar en fraude de sus acreedores¹¹. De estas consideraciones nació la disposición del art. 442 C. com.: "el quebrado, a partir del día de la quiebra, es desposeído, de pleno derecho, de la administración de todos sus bienes".

Al no tratarse de la quiebra declarada por el tribunal, sino de la quiebra abierta por la cesación de pagos (art. 441 C. com.)¹², la aplicación estricta de la norma llevaba a la anulación de todos los actos realizados por el quebrado a partir de la cesación de

¹⁰ LOCRÉ, *ob. cit.*, V, pág. 116.

¹¹ LOCRÉ, *ob. cit.*, V, pág. 117; BEDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes, ou commentaire de la loi du 28 mai 1838*, I, Paris-Aix, 1844, pág. 72; PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, III, Paris, 1857, pág. 302; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, VII, Paris, 1914, pág. 199.

¹² "La apertura de la quiebra es declarada por el tribunal de comercio; su fecha viene fijada, bien por la retirada del deudor, bien por la clausura de sus establecimientos, bien por la fecha de todos los actos que constatan la negativa a satisfacer o a pagar sus obligaciones del comercio".

pagos; cesación que podía ser perfectamente desconocida por los terceros contratantes, cuya buena fe quedaba así desprotegida. La jurisprudencia, profundamente preocupada por los resultados a los que se podía llegar, retrocedió ante la aplicación literal de la ley, distinguiendo los actos a título gratuito de los a título oneroso y no anulando éstos más que si había fraude¹³.

La ley de 1838 mantuvo la idea del desapoderamiento pero haciéndolo coincidir con el momento de la declaración de quiebra (art. 443 C. com. red. 1838), entendiendo por tal la primera hora del día en que se dicta la sentencia¹⁴. Desde entonces la regla se mantuvo inalterada, siendo reproducida por el art. 37 del decreto de 1955, que lo declaró también aplicable al arreglo judicial¹⁵.

En cuanto a cuál sea la naturaleza jurídica del desapoderamiento, bástenos con retener la idea de que se trata de una medida encaminada a asegurar, en beneficio de los acreedores, la conservación del patrimonio que le queda al quebrado, protegiéndoles de todos los posibles actos fraudulentos o de mala administración del deudor, en virtud de la cual se le quita al quebrado el ejercicio de sus derechos de propiedad y se le confía a los síndicos¹⁶, con la consiguiente inoponibilidad a la masa de acreedores de los actos realizados por el quebrado tras haber sido desapoderado.

El desapoderamiento se aplica a todos los bienes presentes y futuros del deudor. Para determinar cuáles eran esos bienes se acudía al art. 2092 C.C.: cualquiera que se obliga personalmente responde de sus obligaciones con todos sus bienes

¹³ BEDARRIDE, *ob.cit.*, I, pág. 72. No obstante, Rouen, 12 juillet 1825.

¹⁴ Véanse THALLER, *Des faillites en droit comparé*, I, Paris, 1887, pág. 330, y LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, pág. 199.

¹⁵ Hay que tener presente que en los casos de liquidación judicial de la ley de 1889 y de arreglo judicial el deudor no estaba representado por quien le pudiera sustituir en la administración de sus bienes, sino que estaba asistido por el liquidador.

¹⁶ Las discusiones de la Sección de Interior del Consejo de Estado sobre la naturaleza jurídica del desapoderamiento pueden verse en LOCRÉ, *ob. cit.*, V, págs. 116-125, así como la opinión del propio Locré en págs. 132 y 133.

muebles e inmuebles, presentes y futuros¹⁷. La incertidumbre que, no obstante, podía provocar el texto del antiguo art. 442, fue subsanada por la ley de 1838 al establecer el nuevo artículo 443 C. com. que el desapoderamiento se aplica a todos los bienes, incluso los que pueda recibir después de la declaración de quiebra; especificación que se reprodujo en el art. 37 del decreto de 1955. Sin embargo, esta regla general tiene como límite o excepción los bienes declarados inembargables, bien por la ley (art. 581 y 592 C. proc.civ.), como es el caso del bien de familia inembargable constituido por el marido (art. 11 de la ley de 12 de julio de 1909)¹⁸, bien por una cláusula incluida en el acto de adquisición con miras a proteger al deudor¹⁹, así como las herencias aceptadas a beneficio de inventario²⁰.

Un supuesto especial de bienes que escapan al desapoderamiento lo constituyen los bienes dotales. En virtud de una regla consuetudinaria, aceptada por la doctrina²¹ y aplicada por la jurisprudencia, los inmuebles dotales se sustraen a las ejecuciones practicadas por los acreedores de la mujer; norma que la jurisprudencia aplicaba, por identidad de razón, a los muebles dotales²². Estos bienes, pues, no forman parte de la masa de la quiebra de la mujer, siempre y cuando las capitulaciones matrimoniales hubieran sido debidamente inscritas²³, aunque con el límite de los bienes reservados²⁴ desde su introducción en 1907²⁵. La misma solución debe aplicarse en caso de quiebra

¹⁷ LOCRÉ, *ob.cit.*, V, pág. 127.

¹⁸ Véase supra capítulo I, apdo. A) III, 3.2.

¹⁹ RIPERT, *ob.cit.*, II, pág. 338.

²⁰ PARDESSUS, *ob. cit.*, III, pág. 304.

²¹ Véase, por todos, COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, VI, *De los regímenes matrimoniales*, trd. de la 2ª ed. francesa por DE BUEN, Madrid, 1955, pág. 624.

²² PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, I, págs. 728-729.

²³ Véase supra capítulo I, apdo. A) II, 4.

²⁴ VALERY, "Les femmes commerçantes et la loi du 13 juillet relative au libre salaire de la femme mariée et a la contribution des époux aux charges du mariage", en *Annales de Droit commercial*, 1907, págs. 396 y ss., pág. 397.

²⁵ Véase supra capítulo I, apdo. A) VI.

del marido pues, a pesar de los amplios poderes que el marido tiene sobre los bienes dotales (art. 1549 C.C.)²⁶, éstos no pueden ser considerados como bienes del marido; consideración extendida incluso al usufructo de dichos bienes²⁷.

A pesar de las comparaciones del desapoderamiento con una incapacidad, es evidente que aunque la ley francesa no lo ha definido, no es posible asimilarlo a la incapacidad²⁸. Y tan es así que la doctrina²⁹ y la jurisprudencia³⁰ admitían el inicio de una nueva actividad comercial tras la declaración de quiebra³¹. A ello hay que añadir que los actos jurídicos realizados por el deudor tras el desapoderamiento son perfectamente válidos e inatacables, tanto por el deudor mismo como por el tercero contratante, si bien no son oponibles a la masa.

Buena prueba de que el desapoderamiento sólo afecta a la esfera patrimonial y no a la personal del deudor es el hecho de que la quiebra no modifica, por sí misma, la potestad marital del quebrado. Hasta la supresión de la incapacidad civil de la mujer casada por la ley de 22 de septiembre de 1942³², el marido, aun habiendo sido declarado en quiebra, podía autorizar a su mujer para que contratase³³. A mayor abundamiento, la quiebra no modifica el régimen matrimonial de los esposos; la

²⁶ Véase supra capítulo I, apdo. A) V, 4.2.1.2.

²⁷ PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, I, pág. 729.

²⁸ Así, PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, I, págs. 161 y ss.; RODIERE, *Droit commercial: Effets de commerce. Contrats commerciaux. Faillites*, Paris, 1975, pág. 308.

²⁹ Véase, por todos, LOCRÉ, *ob. cit.*, V, págs. 128-134.

³⁰ LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, pág. 258, nº 248, nota 2.

³¹ La prohibición dictada por la ley de 30 de agosto de 1947 no tenía por finalidad declarar incapaz al quebrado, sino que perseguía un saneamiento o moralización de las profesiones. No obstante, véase LABRUSSE, "L'évolution du droit français de la faillite depuis le code de commerce", en *Faillites*, sous la direction de RODIERE, Paris, 1970, págs. 5 y ss., pág. 31.

³² Véase supra capítulo I, apdo. A) III, 3.1 y 3.5.

³³ Véase, por todos, LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, pág. 209. En contra, una sentencia del tribunal comercial de Seine, de 4 nov. 1882.

pervivencia del régimen no se justifica por el principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales³⁴, sino por la propia voluntad del legislador. En consecuencia, el marido quebrado conserva la administración de los bienes de la comunidad y de los bienes privativos y dotales de su mujer (arts. 1421, 1428, 1531 y 1549 C.C.)³⁵, así como el disfrute de dichos bienes, cuya porción de renta libre puede ser reclamada por la masa. Unicamente cabe que la mujer solicite la separación de bienes, no por la declaración de quiebra en sí³⁶, sino porque la gestión del marido ha hecho peligrar su patrimonio (arts. 1443 y 1563 C.C.)³⁷, siendo prueba suficiente del desorden marital la propia sentencia declarativa³⁸.

En cuanto a quién y contra quién debe entablarse la demanda de separación de bienes, la doctrina ha distinguido indebidamente³⁹ entre la quiebra del marido y la de la mujer. En el caso de quiebra de la mujer, se dice que los síndicos no pueden entablar la demanda sin su consentimiento, pues el art. 1446-1º C.C. niega a los acreedores personales de la mujer el derecho a pedir la separación de bienes sin su consentimiento. En el caso de quiebra del marido, se distinguen un interés moral (pérdida de la administración de los bienes comunes y de los bienes privativos de la mujer)⁴⁰ y un interés material (el perjuicio que representa para la masa la disolución

³⁴ Véase supra capítulo I, apdo. A) II, 4.

³⁵ Véase supra capítulo I, apdos. A) III, 3 y V, 4.2.1.2.

³⁶ La proposición de ley presentada por M. Parent en mayo de 1879 planteaba la separación de bienes como consecuencia de la sola sentencia declarativa. La solución opuesta, considerar la sentencia de separación como causa de la quiebra, fue defendida por THALLER, *Des faillites en droit comparé*, II, Paris, 1887, pág. 127.

³⁷ Véase supra capítulo I, apdos. A) III, 6 y V, 4.2.1.2 y 4.2.1.4.

³⁸ THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial a l'exclusion du droit maritime*, Paris, 1925, pág. 1083.

³⁹ Recuértese que la separación de bienes por mala gestión del patrimonio es una garantía establecida en beneficio exclusivo de la mujer y que, por tanto, no cabe que el marido la solicite contra ella, ni que la mujer -quebrada- la solicite contra su marido (véase supra nota 37).

⁴⁰ Véase supra capítulo I, apdo. A) III, 6.

de la comunidad)⁴¹, para determinar si la mujer debe dirigir la demanda sólo contra el marido o también contra los síndicos, concluyendo que debe dirigirla contra ambos, habida cuenta de esa confluencia de intereses⁴².

3.- La reintegración de la masa

El desapoderamiento del quebrado, efecto inmediato de la sentencia que declara la quiebra, permite articular de cara al futuro una protección de los acreedores. El desapoderamiento tiene como consecuencia la nulidad de todos los actos que realice el quebrado con posterioridad al mismo. Pero esta protección limitada al futuro era insuficiente y se optó por mantener el periodo sospechoso de 10 días que existía en el derecho anterior.

El Código de comercio estableció un sistema especialmente riguroso⁴³. Junto a la nulidad absoluta de los actos realizados a partir de la apertura de la quiebra, se dispuso que unos actos, de los realizados en ese periodo de 10 días, eran nulos de pleno derecho, otros se presumían fraudulentos y otros, si se probaba la connivencia de los terceros contratantes, podían ser anulados (arts. 443-447 C. com.).

La conexión del desapoderamiento con el momento de la cesación de pagos –apertura– en lugar de sólo con la declaración⁴⁴ era lo que originaba ese especial rigor: el desapoderamiento provocaba la nulidad de un sinnúmero de actos realizados por el comerciante mientras estaba al frente de su negocio.

⁴¹ Véase supra capítulo I, apdo. A) III, 6 y 7.

⁴² LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, pág. 235. En contra, a favor de interponerla sólo contra el síndico, Paris, 22 mai 1876; a favor de interponerla sólo contra el marido, GEOFFROY, *Code pratique des faillites*, s.l., s.d., 27, citado por LYON-CAEN et RENAULT, *ibidem*.

⁴³ El temor de que el sistema pudiera resultar excesivamente riguroso fue manifestado por el propio LOCRÉ, *ob. cit.*, V, pág. 140.

⁴⁴ Sobre la descoordinación entre los arts. 437 –apertura– y 454 –declaración– véase ROJO FERNANDEZ-RIO, "Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra", en *RDM*, 1979, págs. 37 y ss., págs. 46-47.

La jurisprudencia reaccionó contra este rigor, si bien contraviniendo el espíritu y la letra de la ley, aplicando las normas del periodo sospechoso a los actos realizados entre la apertura y la declaración⁴⁵, llegando a establecer en una sentencia de 28 de mayo de 1823 que los actos posteriores a la apertura y anteriores a la declaración sólo podían ser anulados si se probaba la notoriedad de la cesación de pagos⁴⁶.

En relación con el Código de comercio, la ley de 1838 supuso una importante innovación, mantenida en lo sustancial por el decreto de 1955, pues además de hacer coincidir el desapoderamiento con la declaración judicial de quiebra, estableció un sistema con el que no se anulaban todos los actos por el mero hecho de haber sido realizados en el periodo sospechoso, sino que algunos actos, dudosos por su propia naturaleza, eran declarados nulos de pleno derecho, y los demás podían ser anulados si la contraparte no podía demostrar su desconocimiento de la cesación de pagos.

De conformidad con las expresiones consagradas por el uso, la doctrina distinguía entre nulidades de derecho y nulidades facultativas (art. 446-448 C. com. red. 1838), transformadas en "inoponibilidades a la masa" por el decreto de 1955 (arts. 41 a 45)⁴⁷, a las que se añadía un supuesto especial relativo a la inscripción tardía de hipotecas (arts. 448-2 C. com. red. 1838, art. 43 D. 1955).

En lo que a las inoponibilidades de derecho se refiere, el juez sólo debía verificar que el acto era uno de los enumerados –limitativamente– por la ley (art. 446 C.com. red. 1838 y art. 41 D. 1955) y que se realizó durante el periodo sospechoso, o en los 10 días previos al mismo, ampliados a 15 por el decreto de 1955. En cuanto a las inoponibilidades facultativas, el juez debía verificar que el tercero contratante

⁴⁵ PARDESSUS, *ob. cit.*, III, pág. 309.

⁴⁶ Véase BOULAY-PATY, *Des faillites et banqueroutes*, I, Paris, 1828, págs. 146-149.

⁴⁷ El decreto, haciéndose eco de las críticas vertidas por la doctrina (véase RIPERT, *ob. cit.*, II, pág. 361), llevó a cabo esta sustitución por ser el término inoponibilidad más acorde con la realidad: los actos afectados sólo resultan privados de efectos con respecto a la masa y a instancias de la misma; los actos son válidos con respecto al deudor y a cualquier otro tercero que no sea la masa.

Por razón de la matización implícita en el vocablo, utilizaremos el término inoponibilidad aunque sea un tanto ajeno a nuestro propio lenguaje jurídico.

conocía la cesación de pagos al tiempo de celebrar el acto y que el negocio se realizó en el periodo sospechoso. Pero a pesar de que se reunieran las dos condiciones, el juez no tenía necesariamente que pronunciar la inoponibilidad. La doctrina⁴⁸ y la jurisprudencia⁴⁹ se manifestaban a favor de dejar a los tribunales un amplio margen de apreciación, procediendo el recurso de casación por violación de la ley si el juez pronunciaba la sentencia no teniendo en cuenta más que la existencia objetiva de ambas condiciones⁵⁰.

Estas acciones en inoponibilidad han sido comparadas con la Acción Pauliana del art. 1167 C.C.⁵¹. Tanto unas como otra persiguen la protección de los acreedores frente al fraude del deudor. Todas ellas tienen naturaleza de acciones en inoponibilidad, por lo que se ha dicho que la inoponibilidad de la quiebra es una pauliana simplificada⁵². Sin embargo, hay una importante diferencia entre ambas: la pauliana sanciona un fraude –probado–, mientras que la acción concedida en caso de quiebra se basa en el desapoderamiento y en la consecuente indisponibilidad de los bienes en relación a la masa⁵³.

Ahora bien, las disposiciones especiales de la legislación mercantil no impiden el ejercicio de la acción pauliana, pudiendo, por tanto, ser atacados actos anteriores a la cesación de pagos⁵⁴. La acción puede ser instada por el síndico, en interés de los

⁴⁸ Véanse, por todos, BEDARRIDE, *ob. cit.*, I, pág. 113; RIPERT, *ob. cit.*, II, pág. 369.

⁴⁹ LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VIII, págs. 431–432; RIPERT, *ob. cit.*, II, pág. 369.

⁵⁰ Véase, por todos, THALLER et PERCEROU, *ob. cit.*, pág. 1096.

⁵¹ "Los acreedores pueden además, en nombre propio, impugnar los actos del deudor realizados en fraude de sus derechos".

⁵² THALLER et PERCEROU, *ob. cit.*, pág. 1096.

⁵³ RIPERT, *ob. cit.*, II, pág. 362.

⁵⁴ El papel que puede cumplir la acción pauliana estaba expresamente previsto en el antiguo art. 447 C. com.: "todos los actos o pagos hechos en fraude de acreedores son nulos", sea cual sea su naturaleza y el momento en que fueron realizados (LOCRÉ, *ob. cit.*, V, pág. 204).

acreedores, o por cualquier acreedor *uti singuli*, dado que no es acción contra el deudor común. Con independencia de quién la haya instado, al no existir un derecho de preferencia establecido expresamente por la ley, la jurisprudencia estableció que la nulidad pronunciada en virtud de la misma beneficiaba a los acreedores anteriores y posteriores al acto atacado⁵⁵.

Las acciones en inoponibilidad son competencia del tribunal que declara la quiebra; tienen su causa jurídica en la reglas del procedimiento y son ejercidas por el síndico en nombre de la masa. Sin embargo, la inoponibilidad, que casi siempre es pronunciada por el juez, puede, excepcionalmente, ser producto de un acuerdo entre el síndico y los acreedores⁵⁶.

3.1.- Inoponibilidades de derecho

Los arts. 446 C. com. red. 1838 y 41 D. 1955 enumeran los actos inoponibles de derecho. La expresión inoponibilidades de derecho significa que el juez debe pronunciar la inoponibilidad si el acto reúne los requisitos exigidos, es decir, si es uno de los enumerados por la ley y si se verificó en el periodo sospechoso, o en los 10 (ó 15) días previos.

El dato común a estos actos es que no representan ninguna utilidad para el quebrado, los realiza en perjuicio de la mayoría de los acreedores y, correlativamente, en beneficio de un acreedor determinado.

En concreto son inoponibles de derecho:

- a) las transmisiones inter vivos a título gratuito de propiedades mobiliaria o inmobiliarias (art.446-1º C.com. red.1838, art.41-1º).
- b) el pago de deudas no vencidas y la dación en pago por deudas vencidas (art. 446-2º C. com. red. 1838, art. 41-2º D. 1955).

⁵⁵ LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, págs. 337-338.

⁵⁶ Cass. com., 5 mars 1956, en *J.C.P.*, 1956, 2, 9369, note ROBLOT.

c) constitución de garantías reales sobre los bienes del deudor por deudas anteriores (art. 446-3º C. com. red. 1838, art. 41-3º D. 1955)

En el apartado de las transmisiones inter vivos a título gratuito se comprenden todos los actos traslativos de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, es decir, las donaciones en sus diversas modalidades: donación en acta legalizada, donación de mano a mano, suscripción de un seguro de vida cuyo beneficiario sea un tercero ajeno al entorno familiar del quebrado, donaciones indirectas y constituciones de dote.

El supuesto concreto en el que se manifiesta la conexión del derecho patrimonial de la familia con las normas rectoras del procedimiento de quiebra es el de la constitución de dote.

En materia de constituciones de dote en beneficio de la mujer, la doctrina y la jurisprudencia estaban divididas en cuanto a su inclusión en las inoponibilidades de derecho o en las facultativas.

Como hemos visto, la dote en beneficio de la mujer no sólo produce efectos respecto a ella, sino también respecto al marido⁵⁷. La jurisprudencia estimaba que la constitución de dote era un acto a título oneroso que sólo podía anularse si todas las partes interesadas conocían la cesación de pagos⁵⁸. Para la doctrina, por el contrario, la constitución de dote era una donación que debía ser anulada por la vía de las inoponibilidades de derecho, bien respecto a ambos cónyuges⁵⁹, bien en cuanto a la nuda propiedad correspondiente a la mujer, subsistiendo, no obstante, el derecho de disfrute atribuido al marido si éste desconocía la cesación de pagos⁶⁰.

Fuera cual fuese la modalidad de la donación, el síndico debía actuar contra el donatario para reintegrar el bien donado al activo de la quiebra. En caso de existir un

⁵⁷ Véase *supra* capítulo I, apdo. A) III, V, 4.

⁵⁸ THALLER et PERCEROU, *ob. cit.*, pág. 1105.

⁵⁹ LYON-CAEN et RENAULT, *ob.cit.*, VII, pág. 355.

⁶⁰ THALLER et PERCEROU, *ob.cit.*, pág. 1105.

subadquirente a título gratuito, sólo se puede ejercitar acción contra él en el caso de que el mismo sea donatario o haya adquirido el bien a título oneroso conociendo la cesación de pagos⁶¹.

En materia de pagos es regla general que el acreedor que recibe lo que le es debido no se enriquece sin causa y, por tanto, no puede ser acusado de fraude. Sin embargo los arts. 446-3º C. com. red. 1838 y 41-3º D. 1955 declaran inoponibles dos tipos de pagos: el pago de deudas no vencidas y el de deudas vencidas que no sea en metálico o por medio de efectos de comercio, que se equipara a la dación en pago.

En lo que se refiere al pago por deudas no vencidas, la jurisprudencia⁶² y parte de la doctrina⁶³ estimaban que si el deudor tenía posibilidad de obtener un descuento, lógicamente tenía interés en pagar antes de tiempo, y entonces la inoponibilidad no sería de derecho, sino facultativa⁶⁴.

En el ámbito de los pagos por deudas no vencidas se pone de manifiesto la difícil simbiosis del derecho patrimonial de la familia y del derecho concursal.

Si la mujer ejercita la facultad de solicitar la separación de bienes, la comunidad se disuelve y la mujer puede ejercer sus restituciones y recompensas sobre el dinero, luego sobre los bienes muebles y por último sobre los bienes inmuebles⁶⁵. El ejercicio de tales restituciones y recompensas forma parte de las operaciones de partición de la comunidad, acto no sancionado por los arts. 446-3º C. com. red. 1838 ni 41-3º D. 1955⁶⁶. Sin embargo, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia sostenían que se trataba de un preliminar de la partición, siendo un modo especial de

⁶¹ LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, págs. 362-363; RIPERT, *ob. cit.*, II, págs. 365-366.

⁶² Paris, 28 juin 1877, Civ., 18 juillet 1942.

⁶³ THALLER et PERCEROU, *ob. cit.*, pág. 1108.

⁶⁴ En contra, LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, pág. 365.

⁶⁵ Véase supra capítulo I, apdo. A) III, 6.

⁶⁶ THALLER et PERCEROU, *ob. cit.*, pág. 1111.

pago de los créditos de la mujer, claramente asimilable a la dación en pago⁶⁷ sancionada con la inoponibilidad de derecho⁶⁸. El derecho ejercido por la mujer sólo escaparía a la inoponibilidad si el pago se hubiese efectuado en metálico o si se le hubiese devuelto la misma cosa que se le debía, pero siempre a condición de que no hubiera renunciado a la comunidad, caso en el que no habría ni masa común ni partición (art. 1294 C.C.)⁶⁹.

No obstante estas consideraciones, podría caber la duda en el supuesto de que la mujer hubiese solicitado la separación de bienes con anterioridad a la declaración de quiebra y que no se hubiera ejecutado completamente la sentencia. A pesar de que el art. 1444 C.C. establece que la separación de bienes es nula si no ha sido ejecutada por el pago real de los derechos y restituciones en los 30 días siguientes a la sentencia, si la mujer no se apresuraba a hacerla ejecutar o si la ejecución coincidía con el periodo sospechoso, la doctrina, aun teniendo muy presente el mandato legal, se inclinaba por la aplicación preferente de las inoponibilidades⁷⁰.

Declarada la inoponibilidad del pago de una deuda no vencida, el acreedor debe devolver el capital y los intereses. En cuanto a la dación en pago, se ha distinguido entre el acreedor de buena fe, que no debería los intereses más que a partir de la fecha del requerimiento notarial (art. 1153 C.C.), y el acreedor de mala fe, que los debería desde el día de la dación en pago (art. 1378 ó 1382 C.C.)⁷¹.

En lo que a las garantías reales sobre deudas anteriores se refiere, la

⁶⁷ AUBRY & RAU, *Droit civil français*, VIII, par ESMEIN, Paris, 1949, pág. 184.

⁶⁸ LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, pág. 384, nota 4 y pág. 385, nota 1.

⁶⁹ PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, I, págs. 841-842.

⁷⁰ PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, II, Paris, 1937, pág. 367. En contra, THALLER et PERCEROU, *ob. cit.*, pág. 1168.

⁷¹ LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, pág. 392, y jurisprudencia allí citada. En contra, PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, I, págs. 895-896 y jurisprudencia citada, afirmando que los intereses son debidos desde la fecha de la dación en todos los supuestos.

anterioridad de la deuda es la sola causa que justifica la nulidad del derecho de garantía. La norma es aplicable a las hipotecas convencionales y judiciales y a los derechos de prenda y anticresis.

En el caso de las hipotecas judiciales en garantía de una condena anterior resulta evidente que no existe fraude y que, por tanto, la inoponibilidad, según la jurisprudencia dominante⁷², no podía tener más fundamento que el respeto al principio de igualdad entre los acreedores⁷³.

Las hipotecas legales no se ven afectadas por la inoponibilidad de derecho aunque sí por otras normas que las someten a importantes restricciones. En el caso concreto de la hipoteca legal de la mujer⁷⁴, los arts. 563 C. com. red. 1838 y 108 D. 1955 la limitan bien en cuanto a los créditos que garantiza, bien en cuanto a los inmuebles a los que afecta. No obstante, en el marco de las inoponibilidades, un tema largamente discutido, aunque sin una solución clara, fue el de la subrogación de dicha hipoteca cuando el acreedor subrogado lo era del marido o de la comunidad⁷⁵.

Una última cuestión es la relativa a la cancelación de las inscripciones de las hipotecas declaradas inoponibles. Sobre la base de que la inoponibilidad sólo existe de cara a la masa, la jurisprudencia sostenía que la sentencia que la declaraba no podía ordenar la cancelación de la inscripción hipotecaria, pues la hipoteca mantenía sus efectos frente a cualquier otro tercero distinto de la masa⁷⁶. Pero lo cierto es que la cancelación no consiste más que en hacer mención, al margen de la inscripción, de la

⁷² RIPERT, *ob. cit.*, II, pág. 368.

⁷³ Una exposición de los intentos doctrinales de sustraer la hipoteca judicial a la inoponibilidad de derecho puede verse en LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, págs. 399-401.

⁷⁴ Véase supra capítulo I, apdo. A) III, 3.2., e infra apdo. 4.3.

⁷⁵ Una exposición de las distintas opiniones vertidas sobre el tema puede verse en LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, págs. 408-414 y PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, I, págs. 878-888.

⁷⁶ PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, I, pág. 903, texto y nota 1.

sentencia que la anula⁷⁷, poniendo así de manifiesto su carácter relativo y dejando a salvo los derechos del acreedor hipotecario con respecto a otros terceros⁷⁸.

3.2.- Inoponibilidades facultativas

"Todos los otros pagos y actos onerosos realizados por el quebrado tras la cesación de pagos [y antes de la sentencia declarativa] podrán ser anulados si los terceros que han tratado con él tenían conocimiento de la cesación de pagos" (art. 447 C. com., red. 1838 y 43 D. 1955).

Como ya hemos indicado, los actos deben haberse realizado en el periodo sospechoso, pero sin extenderse a los 10 (15) días previos, y ello porque el segundo requisito es que el tercero contratante conociera personalmente la cesación de pagos⁷⁹.

El margen de discrecionalidad que le queda al juez le obliga a verificar si, en el contexto concreto, el acto ha sido perjudicial para la masa⁸⁰. La discrecionalidad llega aún más lejos⁸¹, pues además se tiene en cuenta la buena o mala fe del tercero, pero sin que la misma sea, a juicio de la jurisprudencia, un elemento necesario⁸².

La inoponibilidad facultativa afecta a todos los demás pagos por deudas

⁷⁷ AUBRY & RAU, *Droit civil français*, III, par G. RAU et FACILMAIGNE, Paris, 1900, pág. 629, texto y nota 1.

⁷⁸ Véase, por todos, LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, pág. 421.

⁷⁹ Los actos jurídicos realizados por el mandatario dentro de los límites de sus poderes y en nombre del mandante, al considerarse hechos por éste, resulta que, por aplicación de los preceptos relativos a las inoponibilidades facultativas, hay que entender que el mandante tenía legalmente conocimiento de la cesación de pagos desde el mismo momento que el mandatario (art. 1984 C.C.).

⁸⁰ La ausencia de perjuicio suele tener sus más claras manifestaciones en el caso de los contratos onerosos realizados en condiciones normales, en los que no ha habido desequilibrio entre las prestaciones y que, por tanto, benefician a la masa. Así, PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, I, pág. 912.

⁸¹ PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, I, pág. 914. En contra, BEDARRIDE, *ob. cit.*, I, pág. 113.

⁸² LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, pág. 431.

vencidas, cualquiera que sea su causa, alcanzando incluso a los pagos nacidos de delito o cuasi delito. Sin embargo, y obviamente, quedan a salvo los pagos realizados con las rentas de los bienes cuyo disfrute tiene el quebrado en razón de su régimen matrimonial (bienes dotales y/o privativos)⁸³.

La regla sufre una importante excepción en virtud de un precepto de nuevo cuño introducido por el legislador de 1838. Según el art. 449 C. com. red. 1838 el tenedor de una letra de cambio, de un cheque⁸⁴ o el primer endosante de un pagaré no ven sometida su operación a la inoponibilidad. El fundamento de la norma radica en el deseo de asegurar la circulación de los efectos de comercio⁸⁵. Además, el papel que pueda jugar la mala fe se difumina en este caso, pues el tenedor de los efectos de comercio está obligado a presentarlos al pago a su vencimiento (antiguo art.161 C. com., arts. 135 y 185 C. com. red. 1935 y art. 28 D. 30 octubre 1935) aunque conozca la cesación de pagos.

No obstante, la excepción resulta matizada por los propios preceptos: la masa puede ejercer una acción de restitución contra quien se ha beneficiado con la puesta en circulación del título tras la cesación de pagos conociendo la situación del librado (librador de la letra, primer beneficiario del cheque, pimer endosante del pagaré); acción que, de no existir, haría fácil el que se provocaran pagos, inatacables, mediante la utilización de efectos de comercio.

Para un sector de la doctrina, con el apoyo de una única sentencia⁸⁶, el art. 449 C. com. red. 1838 representaba una excepción a la inoponibilidad del art. 447 pero, salvo que el pago se realizara en metálico, era nulo por virtud del desapoderamiento

⁸³ Véase supra apdo. III, 2 y nota 35.

⁸⁴ El art. 449 C. com. red. 1838 no hacía referencia al cheque, lo que no fue óbice para que el Tribunal Supremo y algunos autores extendieran la regla establecida para la letra de cambio al cheque (LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, pág. 451; PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, I, pág. 962).

⁸⁵ Véase, por todos, THALLER et PERCEROU, *ob. cit.*, pág. 1099.

⁸⁶ Dijon, 19 février 1867.

(art. 443 C. com. red. 1838) y de la inoponibilidad de derecho del art. 446⁸⁷.

Declarada la inoponibilidad de un pago, la cosa o la suma pagada (y en su defecto, el valor estimado al momento del pago) deben ser reintegrados a la masa. El acreedor deberá abonar los intereses desde el día del pago, y no solamente desde la fecha de la demanda, pues por el hecho de conocer la cesación de pagos, el acreedor se reputa de mala fe.

Además de a los pagos, los preceptos hacen referencia a "los demás actos a título oneroso". Al igual que en otros temas, ante la generalidad de la fórmula legal, posiblemente justificada por el deseo de dejar clara la idea por oposición a los actos a que se refería el art. 446 C.com. red. 1838⁸⁸, la doctrina y la jurisprudencia elaboraron un importante casuismo⁸⁹.

El supuesto concreto al que más atención, por conflictivo, prestó la doctrina fue el de las particiones a las que concurre el quebrado durante el periodo sospechoso.

La postura que defendía que la partición no resultaba afectada por la inoponibilidad facultativa fundamentaba su argumentación en el carácter **declarativo** otorgado a la partición por el art. 883 C.com., a lo que se añadía el carácter obligatorio de la partición, cuando menos para aquél contra el cual se ha pedido (art.815 C.C.). Sobre esta base se decía: los copartícipes no reciben nada los unos de los otros, pues cada uno no tiene derechos más que sobre los bienes incluidos en su lote y, por tanto, no se causa perjuicio a la masa⁹⁰.

⁸⁷ BEDARRIDE, *ob. cit.*, I, págs. 129-131; PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, I, pág. 950.

⁸⁸ PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, I, pág. 918.

⁸⁹ Los ejemplos concretos son numerosos: las compras y ventas realizadas por el quebrado; los arrendamientos, sin distinguir según que el quebrado fuera el arrendador o el arrendatario; subrogaciones en la hipoteca legal de la mujer del quebrado perjudiciales para la masa; remesas en cuenta corriente; las aportaciones hechas por el quebrado a una sociedad; las garantías reales constituidas sobre deudas contraídas, sea al mismo tiempo, sea posteriormente; las cesiones de crédito; los compromisos y las transacciones.

⁹⁰ La construcción doctrinal fue utilizada ocasionalmente por la jurisprudencia para

La posición mayoritaria se decantaba por la solución contraria, el carácter declarativo de la partición tenía como finalidad proteger a los copartícipes de los posibles actos de disposición sobre su cuota indivisa que uno de ellos pudiera consentir. Conseguido ese concreto resultado práctico, hay que abandonar la ficción y volver a la realidad. La partición es un acto a título oneroso que representa para la masa el mismo peligro de prestaciones desequilibradas que cualquier otro negocio a título oneroso⁹¹.

Los efectos de la inoponibilidad de un acto a título oneroso resultan un poquito más complicados por el hecho de que el quebrado debe recibir una contrapartida por lo que él ha proporcionado al tercero contratante contra el que se ha pronunciado la inoponibilidad.

Del hecho mismo del conocimiento por el tercero contratante de la cesación de pagos se desprende que éste debe reintegrar la totalidad de lo recibido, y no sólo la porción en que se enriqueció, es decir, deberá restituir la cosa con sus frutos o el precio con sus intereses –a contar desde la fecha del libramiento del pago– (arts. 549, 550 y 1378 C.C.).

Las complicaciones surgen cuando el quebrado ha recibido su contraprestación antes de la declaración de inoponibilidad, tema sobre el que la normativa concursal guarda silencio. No obstante, la masa no puede reintegrar los bienes entregados por el quebrado sin restituir al tercero lo que éste entregó, pues ello provocaría un enriquecimiento injusto de la masa en perjuicio del tercero. Y precisamente porque el acto es inexistente para la masa, ésta no puede prevalerse de la inoponibilidad para que se proceda al reintegro y rehusar la devolución debida⁹²

sentar que el ejercicio de las restituciones y recompensas por la mujer era una operación de la partición –y no un preliminar– de la comunidad y que, por tanto, la atribución de bienes muebles o inmuebles que se le pudiera hacer no podía ser sancionada con la inoponibilidad (LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, pág. 425).

⁹¹ Véase, por todos, PERCEROU et DESSERTAUX, *ob.cit.*, I, pág. 922.

⁹² LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VII, pág. 438.

3.3.- Inoponibilidad de las inscripciones hipotecarias tardías

La inoponibilidad prevista por los arts. 448-2º C. com. red. 1838 y 43 D. 1955 tiene un carácter muy diferente al de las que acabamos de exponer: afecta a un acto respecto al cual el quebrado es un extraño.

En el marco del rigor que presidió la Codificación napoleónica, toda inscripción realizada en los diez días previos a la apertura de la quiebra, aunque resultare de un acto anterior, quedaba sin efecto (antiguo art. 443 C. com. en relación con el art. 2146 C.C.).

Frente a tal severidad, el legislador de 1838, y también el de 1955, consideraron que no había que extremar tanto las precauciones⁹³, pero tampoco había que perder de vista el hecho de que el acreedor no tiene ningún interés en retrasar la inscripción de su hipoteca, y que cualquier retraso provocaba una sospecha de fraude y complicidad.

Los nuevos preceptos, aplicables a todo tipo de hipotecas, es decir, convencionales, judiciales y legales, establecieron que las inscripciones realizadas hasta el día de la declaración de la quiebra eran válidas. En consecuencia, sólo podían ser declaradas inoponibles las inscripciones realizadas con posterioridad a la cesación de pagos, o en los 10 (15) días previos⁹⁴ si entre las fechas de constitución y de inscripción transcurrían más de 15 días.

⁹³ PARDESSUS, *ob.cit.*, III, pág. 326.

⁹⁴ El decreto de 4 de enero de 1955, sobre reforma de la publicidad registral, modificó el párrafo 3º del art. 2147 C.C. estableciendo que "la inscripción de privilegios e hipotecas no produce ningún efecto si se realiza en el plazo durante el cual los actos realizados antes de la apertura de la quiebra son declarados nulos".

Este texto contradecía las disposiciones del art. 448 C. com. red. 1838, cuyas soluciones fueron mantenidas por el decreto de 4 de mayo de 1955, que, consecuentemente, prevaleció sobre el decreto de 4 de enero, reformado por una ordenanza de 7 de enero de 1959, que dió un nuevo texto al párrafo 3º del art. 2147 C.C.: "En caso de embargo, quiebra o de arreglo judicial, la inscripción de privilegios e hipotecas produce los efectos establecidos por el Código de procedimiento civil y por las normas de la quiebra y del arreglo judicial".

Los efectos de la declaración de inoponibilidad, que no es de derecho, teniendo por tanto el juez un margen de apreciación, son los mismos ya vistos en las inoponibilidades de derecho: la declaración sólo produce efectos para la masa, de forma que la garantía sigue siendo válida frente a otros terceros.

4.- Derechos de la mujer del quebrado⁹⁵

El Código de comercio se mostró muy severo con la mujer del quebrado. El codificador napoleónico consideró que la mujer tenía una responsabilidad moral en la quiebra de su marido y que, cuando menos, tenía que compartir la miseria de su esposo, para lo cual estableció una cierta solidaridad entre los esposos⁹⁶ aunque sin llegar a la solución extremista, manifestación de la secuela histórica de que la mujer debía ser tratada como cómplice del quebrado, propugnada por el propio Napoleón⁹⁷.

En principio, la quiebra no priva a la mujer de los derechos que tendría si su marido no hubiera sido declarado en quiebra. La mujer sigue siendo propietaria de los bienes que se encuentran en manos de su marido o su acreedora, y en este segundo caso puede invocar su hipoteca legal.

⁹⁵ La referencia del epígrafe a la mujer, y no al cónyuge, tiene su razón de ser en la propia legislación. Hasta el decreto de 20 de mayo de 1955, que bilateralizó algunas de las normas, el legislador francés sólo tenía en su punto de mira a la mujer del comerciante, lo que justifica que en este periodo histórico se le de más relevancia a la figura de la mujer que a la del cónyuge con el sentido neutro que el término implica.

⁹⁶ LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, VII, Paris, 1812, pág. 104.

⁹⁷ En el discurso que pronunció en la sesión del Consejo de Estado de 28 de julio de 1807 decía que: "Sería deseable también que la mujer, en todos los casos, compartiese la desgracia de su marido. En una comunidad de riquezas y pobreza, tal cual es el matrimonio, es inconcebible que el desastre del marido no recaiga en primer lugar sobre su familia, y que su mujer no sacrifique todo lo que posee para prevenir o al menos suavizar las desgracias de una persona a la que está tan estrechamente unida... Repugna el ver a la mujer de un quebrado hacer alarde de un gran lujo insolente junto a un desgraciado acreedor cuyos despojos posiblemente la hayan enriquecido. ¿No bastaría pues con reducir a esta mujer a unos simples alimentos?" (LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et compléments des Codes français*, XIX, Paris, 1830, pág. 431).

Sin embargo, en razón de la quiebra de su marido, la ley priva a la mujer de las donaciones y liberalidades matrimoniales (art. 549 C. com., art. 564 red. 1838 y art. 109 D. 1955); cuando intenta reivindicar a título de propietaria, la prueba de su derecho le resulta extremadamente difícil (arts. 546-547 C. com., art. 560 red. 1838 y art. 105 D. 1955) y sufre importantes restricciones en cuanto a su hipoteca legal (art. 551 C. com., art. 563 red. 1838 y art. 108 D. 1955), no pudiendo ejercerla ni por todos los créditos, ni sobre todos los inmuebles previstos por el Código civil (arts. 2121 y 2135).

Todas las restricciones tenían un doble fundamento: una presunción de fraude entre los esposos y la necesidad de proteger a los acreedores que habían confiado en la aparente solvencia del marido⁹⁸.

El rigor del Código, cuya manifestación más importante era la referida a la privación de toda reivindicación mobiliaria, prevista en el art. 554, fue sucesivamente aminorada. La ley de 1838, reconociendo que la mujer podía ser víctima de las maniobras de su cónyuge y que convenía permitirle asegurar la defensa de sus intereses legítimos y los de sus hijos, atenuó la dureza de algunas medidas pero sin llegar a cambiar su naturaleza. En lo que al decreto de 20 de mayo de 1955 se refiere, supuso un paso importante al extender al marido de la mujer comerciante las restricciones en materia de restituciones y las normas relativas a la pérdida de las donaciones y liberalidades matrimoniales⁹⁹, al tiempo que atenuaba un poco más el rigor de las normas. Únicamente mantuvo las restricciones a la hipoteca legal como disposición particular relativa a las mujeres de los comerciantes. No obstante, la importancia de tales hipotecas se vió muy mermada tras el decreto de 4 de enero de 1955, sobre publicidad registral, que sometió las hipotecas legales a inscripción en pie

⁹⁸ LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, VIII, Paris, 1916, pág. 209; PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, II, págs. 364 y 488; THALLER et PERCEROU, *ob. cit.*, pág. 1168.

⁹⁹ La extensión al marido de las restricciones que se le imponían a la mujer fue calificada de radical y brutal. Así, DERRIDA, "La revendication des biens personnels du conjoint au cas de faillite ou d'admission au règlement judiciaire d'un époux", en *J.C.P.*, 1955, I, 1265, n° 1 y LAMBERT, "Les droits du mari en cas de faillite ou d'admission au règlement judiciaire de sa femme", en *Rev. tr. dr. com.*, 1958, págs. 709 y ss., pág. 711.

de igualdad con el resto de las hipotecas.

4.1.- Ideas generales

Suprimida la quiebra de hecho que resultaba del antiguo art. 437 C. com., las restricciones impuestas a los derechos de la mujer pasaron a aplicarse a partir del momento de la declaración de la quiebra (arts. 440-441 C. com. red. 1838 y art. 11 D. 1955).

El hecho de que las restricciones no afecten más que a la esposa hace suponer que los cónyuges no están divorciados, pero si lo estuvieran, para poder oponer la sentencia frente a la masa, que es un tercero, la sentencia debería haber sido ya anotada. En contrapartida, no es necesario que la comunidad haya sido liquidada¹⁰⁰.

En caso de separación de bienes, si ha habido pronunciamiento definitivo antes de la declaración de quiebra, los efectos son oponibles a la masa salvo, como hemos visto, la posible aplicación de las inoponibilidades del periodo sospechoso a los pagos y particiones entre los esposos. Si, por el contrario, la separación no ha sido completamente ejecutada, la retroactividad de la sentencia al día de la demanda no es oponible a la masa y, por tanto, se aplican las restricciones impuestas a los derechos de la mujer¹⁰¹.

Las restricciones, especialmente las relativas a la hipoteca legal, sólo pueden aplicarse en caso de que subsista la masa, es decir, se excluye su aplicación en caso de convenio pues entonces la masa desaparece. Sin embargo, la doctrina¹⁰² y una sola sentencia del tribunal Supremo¹⁰³ sostenían que desaparecida la masa cada acreedor se coloca individualmente en la posición de ésta y que, por aplicación analógica del

¹⁰⁰ Paris, 25 juin 1925.

¹⁰¹ Tribunal civ. Rambouillet, 25 juill. 1950, *Rev. tr. dr. com.*, 1951, pág. 361, n° 11, obs. HOUIN.

¹⁰² LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VIII, pág. 238, PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, II, pág. 390.

¹⁰³ Cass., 8 déc. 1897.

art. 517 C. com. red. 1838 (mantenimiento de las hipotecas inscritas en virtud de actos conservativos), cada acreedor al que se le oponga la hipoteca legal puede invocar las normas que limitan dicha hipoteca.

4.2.- Inoponibilidad de las donaciones y liberalidades matrimoniales

La mujer cuyo marido era comerciante al tiempo de contraer matrimonio, o cuando no teniendo otra profesión determinada, inicia el comercio en el año siguiente a la celebración del matrimonio, no puede reclamar la ejecución de las donaciones que el marido le haya hecho en las capitulaciones matrimoniales, ni tampoco puede intentar ninguna acción en razón de las liberalidades que se le otorgaron en dichas capitulaciones (arts. 549 C. com., 564 red. 1838 y 109 D. 1955).

La razón de la norma está en el deseo de evitar que un comerciante pueda distraer bienes de su patrimonio poniéndolos a nombre del otro cónyuge.

Si bien los textos legales sólo hacían referencia a las donaciones contenidas en los pactos capitulares, la doctrina y la jurisprudencia extendían el precepto a las donaciones efectuadas en el transcurso del matrimonio, consideradas mucho más sospechosas y peligrosas¹⁰⁴.

La excepción a los preceptos la constituye el art. 72 de la Ley de 13 de julio de 1930 sobre seguros que establecía que el art. 564 C. com. red. 1838, relativo a los derechos de la mujer del quebrado, no tiene aplicación en caso de seguro de vida concertado por un comerciante en beneficio de su mujer. No obstante, las primas del seguro tienen el carácter de donaciones si son excesivas en relación con los recursos del marido (arts. 68, 69 y 71 de la ley)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ BEDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes, ou commentaire de la loi du 28 mai 1838*, II, Paris-Aix, 1844, pág. 368, LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VIII, pág. 233; PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, II, pág. 506; THALLER, *Des faillites en droit comparé*, II, cit., pág. 151; DERRIDA, "La revendication des biens personnels...", cit., nº 2; LAMBERT, "Les droits du mari en cas de faillite...", cit., pág. 714; RIPERT, *ob. cit.*, II, pág. 401.

¹⁰⁵ Véase PICARD et BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, Paris, 1950, págs. 683-691.

En lo que a las liberalidades matrimoniales se refiere, no hay que considerar como tales los efectos normales del régimen adoptado. Por ejemplo, en el régimen legal los bienes del marido comerciante son comunes y benefician a la mujer¹⁰⁶. El único supuesto que se planteó como problemático fue el de la cláusula de mejora, relativa a la partición de la comunidad, establecida por el art. 1515 C.C.¹⁰⁷ y a la que el art. 1516 C.C. negaba el carácter de liberalidad matrimonial. Frente a la dicción del precepto (la mejora no se considera como una liberalidad sujeta a las formalidades de las donaciones, sino como una capitulación matrimonial) la doctrina civilista y mercantilista le conferían el carácter de liberalidad matrimonial¹⁰⁸.

Las donaciones, teniendo siempre en cuenta que son esencialmente revocables (art. 1096 C.C.), y las liberalidades son inoponibles frente a la masa pero siguen produciendo sus efectos en las relaciones internas de los esposos.

Junto a la inoponibilidad de las donaciones y liberalidades a la masa, el legislador incluyó una norma de reciprocidad en virtud de la cual los acreedores del quebrado no pueden prevalecerse de las que a él le hubiera otorgado su consorte (arts. 549 C. com., 564 red. 1838 y 109 D. 1955, *in fine*).

4.3.- Restricciones a la hipoteca legal

La hipoteca legal es una garantía acordada a la mujer en virtud de la cual todos los créditos que la mujer tiene frente a su marido quedan garantizados por los inmuebles de éste¹⁰⁹.

Como hemos visto, la hipoteca legal de la mujer no resulta afectada por las

¹⁰⁶ Véase supra capítulo I, apdo. A) III, 2.2.

¹⁰⁷ Véase supra capítulo I, apdo. A) III, 6, nota 86.

¹⁰⁸ PLANIOL, RIPERT, NAST, *Tratado práctico de Derecho civil francés, IX, Regímenes económicos matrimoniales*, trd. de la 1ª ed. francesa por DIAZ CRUZ, La Habana, 1946, págs. 289-290; PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, II, pág. 507; RIPERT, *ob. cit.*, II, pág. 402.

¹⁰⁹ Véase supra capítulo I, apdo. A) III, 3.1.

inoponibilidades de derecho. Sin embargo, para evitar fraudes en perjuicio de los acreedores, el legislador sometió dicha hipoteca a restricciones relativas a los inmuebles gravados y a los créditos garantizados por la misma pero, al igual que en el caso de las donaciones y liberalidades, sólo cuando el quebrado fuera comerciante al tiempo de la celebración del matrimonio o iniciase el comercio en el año siguiente; condición que, como veremos más adelante, no viene exigida por el Código cuando se trata de la reivindicación de los bienes propios.

Según los preceptos que la limitan (arts. 551 C. com., 563 red. 1838 y 108 D. 1955), en caso de quiebra del marido la hipoteca legal de la mujer sólo garantiza las sumas y los efectos mobiliarios aportados en dote o recibidos con posterioridad por donación o herencia, el precio no reinvertido de los bienes enajenados durante el matrimonio y las indemnizaciones por deudas contraídas con su marido¹¹⁰. A ello se añade que, si bien en el derecho común la hipoteca legal se extiende a todos los inmuebles presentes y futuros del marido (art. 2122 C.C.), en el caso de quiebra los arts. 551 y 552 C. com. limitaban la hipoteca a los inmuebles que pertenecían al marido al tiempo de la celebración del matrimonio. Este rigor fue atenuado por los arts. 563 C. com. red. 1838 y 108 D. 1955, que sometieron igualmente a la hipoteca los inmuebles adquiridos posteriormente por donación o herencia. Los inmuebles que adquiriera a título oneroso se consideran pagados con medios que constituyen la garantía de los acreedores quedando, pues, excluidos de la hipoteca legal¹¹¹, al igual que los inmuebles vendidos por el marido y que se encuentren en poder de un tercero pues, de lo contrario, el tercero podría ejercer contra la masa las acciones que le otorga su garantía, de forma tal que la masa sufriría indirectamente los efectos de la hipoteca legal. No obstante la exclusión, la doctrina y la jurisprudencia admitían que quedaban sometidos a la hipoteca legal los bienes adquiridos por permuta o por reinversión, los inmuebles sobre los que el quebrado tenía una porción indivisa y que recibía en su

¹¹⁰ A partir del decreto de 4 de enero de 1955 sobre reforma de la publicidad registral, el art. 2135 C.C. establecía que la hipoteca legal garantiza "todo crédito que la mujer adquiere frente a su marido". No obstante la ampliación, la doctrina siguió defendiendo el carácter limitativo de los preceptos mercantiles (RIPERT, *ob. cit.*, II, pág. 405).

¹¹¹ Véanse, por todos, LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VIII, pág. 222; RIPERT, *ob. cit.*, II, págs. 405-406.

totalidad en virtud de una licitación y las construcciones nuevas realizadas después de la celebración del matrimonio sobre un terreno que era de su propiedad antes de la celebración¹¹².

En cuanto a la prueba de los créditos garantizados, hay que distinguir según cada supuesto.

En el caso de los inmuebles enajenados sin reinversión del precio, a la mujer le basta con probar la enajenación pues el marido, siempre que haya dado su consentimiento y concurrido a la venta, es garante, de pleno derecho, de la recepción del precio (art. 1450-2º C.C.).

Cuando se trata de deudas contraídas con su marido, es preciso que el documento que las constate tenga fecha cierta anterior¹¹³ a la declaración de quiebra, pues se trata de probar un crédito frente a la masa, que es un tercero¹¹⁴. Al margen de las deudas contraídas conjuntamente, puede suceder que la mujer haya pagado una deuda de su marido, pago que formalmente debe ser considerado como efectuado con el dinero propio de la mujer; sin embargo, la legislación mercantil estableció una presunción, suprimida por el decreto de 20 de mayo de 1955, en sentido contrario: si la mujer ha pagado deudas de su marido se presume, salvo prueba en contrario, que lo ha hecho con dinero de su marido (arts. 550 C. com. y 562 red. 1838). No obstante, la prueba podía hacerse por todos los medios admitidos en derecho¹¹⁵.

En el supuesto de las sumas y los efectos mobiliarios aportados en dote o recibidos con posterioridad por donación o herencia, la mujer debía probar la consistencia de la dote o de las donaciones y herencias; a continuación debía probar

¹¹² Véase, por todos, PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, II, págs. 377-378.

¹¹³ Véase *supra* capítulo I, nota 67.

¹¹⁴ PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, II, pág. 382 y jurisprudencia allí citada. En contra, LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VIII, págs. 228-229 y jurisprudencia allí citada, para quienes la fecha cierta sólo le es necesaria a la mujer para la fijación de su rango hipotecario (art. 2135 C.C.).

¹¹⁵ Véase, por todos, BEDARRIDE, *ob. cit.*, II, pág. 356.

el hecho de que el marido había recibido los valores que las constituían, pues éste sólo está obligado a devolverlas si ha entrado en posesión de las mismas. En lo que a la consistencia se refiere, en ausencia de norma expresa, bien civil, bien mercantil, algunos autores se inclinaban por el recurso a los medios de prueba del derecho común¹¹⁶. El Tribunal Supremo, por el contrario, descartó esta posibilidad y recurriendo a la aplicación analógica del art. 560 C. com. red. 1838 (reivindicación de bienes muebles) exigía inventario u otro documento público (arts. 560 C. com. red. 1838 y 1499 y 1510 C.C. anteriores a la ley de 29 de abril de 1924)¹¹⁷. Esta solución resultó alterada con la ley de 29 de abril de 1924, que modificó los mencionados preceptos sustituyendo el período "constatado por inventario o relación en buena forma" por el de "según el derecho común frente a los terceros", lo que no impidió que algún autor sostuviera que la prueba debía seguir siendo por escrito¹¹⁸. En cuanto a la prueba de que el marido ha recibido los valores constitutivos de la dote, la donación o la herencia, suprimida por la ley de 1924 la frase "por documento con fecha cierta" del art. 563 C. com. red. 1838, le bastaba con alegar la cláusula contenida en las capitulaciones de que "la celebración del matrimonio equivale a recibo"¹¹⁹. Y si el régimen matrimonial adoptado era el dotal, podía prevalecerse de la presunción del art. 1569 C.C.: si el matrimonio persiste transcurridos 10 años desde el vencimiento del plazo establecido para el pago de la dote, la mujer puede reclamar contra el marido sin necesidad de probar que el marido la ha recibido.

Justificados así los créditos garantizados por la hipoteca legal, si los inmuebles gravados son insuficientes, la mujer podrá insinuarse en la quiebra como acreedora quirografaria.

¹¹⁶ LYON-CAEN et RENAULT, *ob. cit.*, VIII, pág. 219.

¹¹⁷ Cass., 22 nov. 1886.

¹¹⁸ PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, II, págs. 387 y 495-499.

¹¹⁹ Así, PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, II, pág. 388, haciéndose eco de una reiteradísima jurisprudencia.

4.4.- Reivindicación de sus bienes propios

Como ya hemos indicado, en principio la quiebra no priva a la mujer de los derechos que hubiera tenido si su marido no hubiese sido declarado en quiebra y, por tanto, puede reivindicar como propios los bienes que están en posesión de su marido. Para ello el Código de comercio estableció un riguroso sistema de prueba, suavizado en algunos casos por la ya mencionada ley de 29 de abril de 1924.

El antiguo art. 554 C.com. negaba a la mujer toda reivindicación mobiliaria a excepción de sus ropas, joyas y vajilla otorgadas en capitulaciones o recibidas por herencia. Esta restricción fue suprimida por la ley de 1838, estableciendo el nuevo art. 560 C. com. que la mujer puede reivindicar los bienes muebles que se le otorgaron en capitulaciones o los recibidos por herencia o donación inter vivos o mortis causa, que no hayan entrado en comunidad, siempre que su identidad se constate conforme al art. 1499 C.C., es decir, por inventario o relación en buena forma antes de la ley de 1924 y según el derecho común tras dicha ley.

La norma fue reproducida por el decreto de 1955, pero sin mantener la distinción entre muebles e inmuebles, en su art. 105: "En caso de quiebra o arreglo judicial de un esposo, los bienes personales de su cónyuge no forman parte de la masa, recayendo sobre éste la carga de la prueba de sus derechos conforme a las reglas del Código civil".

En cuanto a los bienes muebles, hay que distinguir según se trate de regímenes comunitarios o separatistas. En régimen de comunidad es aplicable el art. 1499 C.C.: el cónyuge afectado debe establecer la prueba de su derecho según "el derecho común". En lo que a los regímenes separatistas se refiere, el decreto de 1955 modificó las soluciones anteriores. Desaparecida la remisión que hacía el art. 560 C. com. red. 1838 al art. 1499 C.C., la prueba deja de estar sometida a las normas del "derecho común" y puede hacerse acudiendo a todos los medios de prueba admitidos en derecho¹²⁰.

¹²⁰ DERRIDA, *ob. cit.*, nº 16; *REPERTOIRE de droit commercial et des sociétés*, sous la direction de RODIERE, II, Paris, 1957, nº 2270, pág. 200.

La fórmula general del art. 105 fue duramente criticada por la doctrina pues suponía una supresión de la presunción de comunidad tradicional en los casos en que el quebrado lo era la mujer, obligando al marido a demostrar que los bienes comunes eran tales. Con independencia de la extensión de las facultades de la mujer comerciante sobre los bienes comunes y de que se admita que la mujer obliga a la comunidad por las deudas contraídas en el ejercicio de su actividad profesional (art. 1420 C.C.), caso en el que la administración y el disfrute de sus bienes conferido al marido (art. 1421 C.C.) no son oponibles a los acreedores de la mujer (art. 5-2º C-com.)¹²¹, de no concedérsele al marido la posibilidad de probar que los bienes comunes son tales, dado que la supresión de la presunción de comunidad lleva a presumir que son propios del cónyuge comerciante todos los bienes del matrimonio, se llegaría al resultado inesperado de que la mujer se convirtiese en propietaria de los bienes comunes por consecuencia de su declaración en quiebra¹²².

Los arts. 545, 546 y 547 C. com., 557, 558 y 559 red. 1838 regulaban la reivindicación de 3 tipos de inmuebles: los aportados por la mujer al matrimonio; los adquiridos a título gratuito durante el matrimonio y los adquiridos a título oneroso durante ese mismo tiempo.

En lo que a los inmuebles aportados y adquiridos a título gratuito se refiere, el Código no estableció ningún medio de prueba particular, aplicándose por tanto el derecho común: para los primeros, presentación de las capitulaciones matrimoniales; para los segundos, la escritura de donación, el testamento o la escritura de partición de la herencia (arts. 724, 894, 895, 1394 y 1400 y ss. C.C.).

Por el contrario el Código si sentó reglas particulares para las adquisiciones a título oneroso distinguiendo dos casos.

¹²¹ AUBRY & RAU, *Droit civil français*, VII, par ESMEIN, Paris, 1962, pág. 426; JULLIOT DE LA MORANDIERE, "La femme mariée commerçante", en *D.* 1943, *Chron.*, págs. 14 y ss., pág. 14; PONSARD, "La présomption de communauté", en *Rev. tr. dr. civ.*, págs. 387 y ss., págs. 396-397; SOLUS, "Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1943, págs. 81 y ss., pág. 90.

¹²² DERRIDA, "La revendication des biens personnels...", cit., nº 7-9; LAMBERT, "Les droits du mari en cas de faillite...", cit., pág. 716.

En primer lugar, cuando se trata de adquisiciones hechas por la mujer en su nombre con dinero procedente de donaciones o herencias, es preciso que la declaración de inversión haya sido pactada expresamente en el contrato y que el origen del dinero sea constatado mediante inventario o cualquier otra escritura pública (arts. 546 C. com. y 558 red. 1838 –no modificado por la ley de 29 de abril de 1924–).

Habida cuenta del carácter riguroso y excepcional de la norma, derogatoria del derecho común, la doctrina abogaba por la aplicación estricta al supuesto de hecho concreto, negando su aplicabilidad a cualquier otra adquisición de bienes inmuebles¹²³. El rigor de la norma fue suavizado por el art. 105 D. 1955 al exigir nada más que una prueba por escrito¹²⁴.

En segundo lugar, estableciendo que, salvo prueba en contrario, los inmuebles adquiridos a título oneroso por la mujer durante el matrimonio se presumen de propiedad del marido, adquiridos con su dinero y, en consecuencia, revierten a la masa activa de la quiebra (arts. 547 C. com., y 559 red. 1838), el codificador napoleónico dió vida a la denominada **presunción muciana concursal**, que traía sus orígenes de la Presunción Muciana (*Digesto* 51. 24. 1), admitida en la antigua Francia por los países de derecho escrito y suprimida por el Código civil¹²⁵.

Del tenor literal de la norma –bajo cualquier régimen matrimonial– se desprende que la presunción es aplicable sea cual sea el régimen matrimonial adoptado, lo que fue duramente criticado por la mayoría de la doctrina que veía, en dicha presunción, una extensión arbitraria de la presunción de comunidad¹²⁶ a los regímenes extracomunitarios, en atención a las necesidades del comercio¹²⁷.

¹²³ Véase, por todos, THALLER et PERCEROU, *ob. cit.*, pág. 1170. En contra, BEDARRIDE, *ob. cit.*, II, pág. 347

¹²⁴ DERRIDA, "La revendication des biens personnels..." *cit.*, nº 19.

¹²⁵ Véase *infra* capítulo XI, apdo. I.

¹²⁶ Véase *supra* capítulo I, apdo. A) III, 2.1.

¹²⁷ LAMBERT, "Les droits du mari en cas de faillite...", *cit.*, pág. 717; PARDESSUS, *ob. cit.*, III, pág. 430; PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, II, págs.

Hasta el decreto de 1955, que bilateralizó la norma, la presunción sólo afectaba a la mujer. En lo que a los bienes afectados por la presunción se refiere, a diferencia de los art. 546 C. com. y 558 red. 1838, que limitaban su aplicación a los inmuebles, el objeto de la presunción muciana lo constituyen todos los bienes muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso por la mujer (cónyuge) constante matrimonio (arts. 547 C.com., 559 red. 1838, 106 D. 1955) con la sola excepción, ya vista en materia de donaciones y liberalidades, establecida en el art. 72 de la ley de 13 de julio de 1930: "Los arts. 559 y 564 C. com. (red. 1838), relativos a los derechos de la mujer del quebrado, no tienen aplicación en caso de seguro de vida concertado por un comerciante en beneficio de su mujer".

Los antiguos textos legales no contenían ninguna especificación en cuanto a la prueba en contrario que debía aportar la mujer, lo que llevó a la doctrina a inclinarse por la admisión de todos los medios de prueba del derecho común¹²⁸.

El tema fue expresamente resuelto por el art. 106 D. 1955 al decir que la prueba en contrario debía hacerse mediante **escrito**, entendiendo por tal un escrito cualquiera¹²⁹, a reserva de las disposiciones del art. 224 C.C. sobre los bienes reservados de la mujer.

En un régimen de comunidad, fuera legal o convencional, no cabía que la mujer realizara economías sobre sus rentas personales pues todas las rentas de los esposos eran comunes¹³⁰. Sin embargo, tras la ley de 13 de julio de 1907, la mujer

490-491; PLANIOL, RIPERT, NAST, *ob. cit.*, IX, págs. 436-437. En contra, RIPERT, *ob. cit.*, II, pág. 403, quien advierte expresamente que no hay que confundir esta norma con la presunción de comunidad. Añadiendo que de la presunción muciana sólo puede beneficiarse la masa activa de la quiebra.

¹²⁸ Véase, por todos, PERCEROU et DESSERTAUX, *ob. cit.*, II, pág. 493. En contra, exigiendo escritura pública al igual que en el caso del art. 558, BEDARRIDE, *ob. cit.*, II, pág. 347 y PARDESSUS, *ob. cit.*, III, pág. 430.

¹²⁹ Véanse, DERRIDA, "La revendication des biens personnels...", *cit.*, nº 19; PREVAULT, note sur Cass., 11 mai 1964, en *D.*, 1965, J, págs. 443 y ss., pág. 444 y *REPertoire de droit commercial et des sociétés*, *cit.*, nº 2277, pág. 200.

¹³⁰ Véase supra capítulo I, apdo. A) III, 2.1.

podía reivindicar sus bienes reservados, es decir, los adquiridos a título oneroso con sus ganancias y salarios. Y si se producía controversia sobre los mismos, tal y como sucede con la presunción muciana, la mujer podía probar frente al marido y frente a terceros la consistencia y la procedencia de sus bienes reservados acudiendo a todos los medios de prueba del derecho común (art. 4 de la ley de 1907, incorporado en el art. 224-3º C.C. por la ley de 22 de septiembre de 1942)¹³¹, lo que, en definitiva, colocaba a la mujer en mejor posición que al marido¹³².

Probada su propiedad, el cónyuge recupera sus bienes, aunque con la carga de las hipotecas o cualesquiera otros derechos reales válidamente constituidos sobre ellos (arts. 548 C. com., 561 red. 1838 y 107 D. 1955). Si, por el contrario, no consigue probar su derecho, los efectos mobiliarios se integran en el activo de la quiebra pero sin que ello signifique que el reivindicante pierda su derecho sobre sus restituciones frente a su consorte¹³³.

B) LAS INCIDENCIAS DE LA LEY DE 13 DE JULIO DE 1965 SOBRE EL DECRETO DE 20 DE MAYO DE 1955

A pesar del breve periodo de tiempo en que coexistieron la vieja legislación concursal, que cedió paso a la ley de 13 de julio de 1967 (modificada por la ley de 25 de diciembre de 1985), el 1 de enero de 1968, y la nueva normativa sobre regímenes matrimoniales de 13 de julio de 1965, que entró en vigor el 1 de febrero de 1966, pero que luego habrá de conectarse con las leyes de 13 de julio de 1967 y de 25 de enero de 1985 de reforma del Derecho concursal, vale la pena hacer un esbozo de aquellos aspectos más generales de la reforma que inciden sobre los derechos del cónyuge del quebrado.

La finalidad de la reforma del derecho patrimonial de la familia era la

¹³¹ Véase supra capítulo I, apdo. A) VI, 4.

¹³² LAMBERT, "Les droits du mari en cas de faillite...", cit., pág. 718.

¹³³ RIPERT, *ob. cit.*, II, pág. 403.

consecución de la plena igualdad entre ambos esposos¹³⁴, para lo que se siguieron 3 líneas maestras: prescindir del criterio de distinción entre bienes muebles e inmuebles en la organización del régimen matrimonial; restar rigidez al sistema mediante una modificación controlada del régimen matrimonial, y establecer como régimen legal el de la sociedad de gananciales, atribuyendo la gestión conjuntamente a ambos esposos.

En definitiva, se pretendía que los intereses de un cónyuge se vieran protegidos frente a las facultades del otro. Y para ello, junto a la atribución de facultades a la mujer en el ámbito de la gestión de la sociedad conyugal, se hacen extensivas al marido medidas protectoras de las que sólo gozaba la mujer. Así: el nuevo art. 1443-1º C.C. estableció que si la mala gestión de un esposo pone en peligro los intereses del otro, éste puede solicitar la separación judicial de bienes. El nuevo art. 2121 C.C. hizo al marido beneficiario de la hipoteca legal, limitándola a los casos enumerados por la ley (arts. 2135 a 2138 C.C.) e imponiendo su inscripción obligatoria. Los bienes reservados se mantienen pero ya sólo lo son aquéllos que la mujer adquiere con sus ganancias y salarios (art. 224-2º C.C.), de forma que los productos del trabajo de ambos cónyuges quedan sometidos al mismo régimen, lo que no quita que sigan conservando sus especiales características¹³⁵. Se mantiene la presunción de ganancialidad en el art. 1401-1º C.C. pero se modifican las normas relativas a los efectos de las obligaciones contraídas por la mujer comerciante. En principio, la mujer casada comerciante sólo compromete sus bienes privativos y sus bienes reservados (art. 1420-1º C.C.).

Por lo que se refiere a los derechos del cónyuge del quebrado, especialmente en el ámbito de la presunción muciana, la mayor incidencia de la reforma del derecho patrimonial de la familia se presenta en el terreno de la prueba.

Admitido por la jurisprudencia¹³⁶ y por la doctrina¹³⁷ que la presunción muciana

¹³⁴ Véase supra capítulo I, apdo. B).

¹³⁵ Véase supra capítulo I, apdo. B) II, 8.

¹³⁶ Cass. 11 mai 1964, en *D.* 1965 *J.*, págs. 443 y ss., note PREVAULT; Paris, 18 avril 1966, en *Rev. tr. dr. civ.*, 1966, pág. 1040, nº 65, obs. HOUIN.

¹³⁷ HONORAT, "Les incidences de la loi du 13 juillet 1965 sur les droits du

sólo es aplicable a las adquisiciones a título oneroso realizadas después de que el deudor común adquirió la cualidad de comerciante, a tenor del art. 106 D.1955 y sea cual sea el régimen matrimonial adoptado, la prueba en contrario sólo puede hacerse por escrito, dejando a salvo las disposiciones del art. 224-3º C.C. sobre los bienes reservados; el origen y consistencia de los bienes reservados se establecen, frente al marido y frente a terceros, según las reglas del art. 1402 C.C. Y el art. 1402, referido a la prueba de los bienes privativos, en su párrafo segundo determina que si el bien es de los que llevan en sí mismos marca o prueba de su origen, la propiedad privativa deberá establecerse por escrito; en defecto de inventario u otra prueba preconstituida, el juez podrá tomar en consideración todos los escritos, especialmente títulos familiares, registros y papeles domésticos, así como documentos bancarios y facturas; podrá incluso admitirse la prueba por testigos o presunciones si se constata la imposibilidad material o moral del cónyuge para procurarse un escrito.

En el régimen de separación, la prueba podrá hacerse por todos los medios, siendo de aplicación el art. 1538 C.C.: "Los bienes cuya procedencia no puede ser justificada por ninguno de los cónyuges, se reputan comunes, pertenciendo a cada uno por mitad"¹³⁸. En contrapartida, las presunciones de propiedad contenidas en las capitulaciones matrimoniales, debidamente inscritas en el Registro Mercantil¹³⁹, son oponibles en el procedimiento¹⁴⁰.

En el nuevo régimen de la participación en las ganancias¹⁴¹, la consistencia del patrimonio inicial se prueba mediante relación en documento privado, efectuada en presencia del otro cónyuge y firmada por éste (art. 1570 C.C.). En defecto de relación o si es incompleta, el art. 1570 remite a los medios previstos para el régimen de

conjoint d'un commerçant en état de fillite ou de règlement judiciaire (antérieurement au 1er janvier 1968)", en *Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*. Paris, 1968, págs. 281 y ss., pág. 299.

¹³⁸ HONORAT, "Les incidences de la loi du 13 juillet...", cit., pág. 300.

¹³⁹ Véase supra capítulo I, apdo. B) III, nota 183.

¹⁴⁰ RIPERT-ROBLOT, *ob. cit.*, II, 1976, pág. 795.

¹⁴¹ Véase supra capítulo I, apdo. B) V, 3.

gananciales por el art. 1402 C.C.

C) LAS REFORMAS DE 1967 Y 1985

I.- INTRODUCCION

Como es sabido, la reforma introducida por la ley de 13 de julio de 1967 supuso importantes innovaciones al situar el centro de gravedad de los procedimientos concursales en consideraciones económicas que permitieran discernir qué empresas pueden o deben ser salvadas y cuáles deben ser liquidadas.

La ley del 67 quiso distinguir las medidas patrimoniales, representadas por la liquidación de bienes y el arreglo judicial, y las sanciones, cuya pieza maestra era la quiebra personal, con la que se imponían a los deudores que habían cometido determinadas faltas en la gestión de su empresa las tradicionales inhabilitaciones políticas y profesionales. Se trataba en definitiva de seguir el camino marcado por la doctrina para llegar a la separación del hombre y la empresa¹⁴².

Las medidas adoptadas por la ley del 67 fueron complementadas por una ordenanza, de 23 de septiembre del mismo año, encaminada a "facilitar la recuperación económica y fiscal" de empresas amenazadas de cesación de pagos y cuya desaparición provocaría una grave daño a la economía nacional o regional, mediante la suspensión provisional de las ejecuciones y la adopción de un plan colectivo de corrección del pasivo.

La brecha abierta en la filosofía de los procedimientos concursales por la ordenanza de 1967 fue ahondada por la ley de 25 de enero de 1985 relativa a **la recuperación y a la liquidación judicial de la empresa**, precedida por la ley de 1 de marzo de 1984, que instituyó el arreglo amistoso, y seguida por la ley de 25 de enero de 1985 sobre administradores judiciales, mandatarios liquidadores y expertos

¹⁴² Véase HOUIN, "Permanence de l'entreprise à travers la faillite", en *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, II, Gent, 1965, págs. 609 y ss.

en diagnóstico de empresas.

Este nuevo Derecho concursal francés se asienta en los pilares de la conservación de la empresa en crisis, la protección de los trabajadores como primeros interesados en el mantenimiento o no de la empresa y el desplazamiento del interés de los acreedores.

Si bien es cierto que la filosofía de los procedimientos ha cambiado profundamente, no lo es menos que, como veremos a continuación, parte de los mecanismos y soluciones tradicionales siguen vigentes. A ello hay que añadir que todavía no se sabe bien cuál es el resultado práctico de este nuevo Derecho concursal. Frente a la dicción del art. 1º de la ley y a opiniones doctrinales que consideran que la recuperación es la opción preferida del procedimiento concursal¹⁴³, se alza la realidad: las liquidaciones siguen representando, como en el pasado, entre el 85 y el 90% de los procedimientos¹⁴⁴.

II.- LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

1.- Declaración y efectos: Aproximación

Siguiendo la línea instaurada por la ley de 1838, la sentencia que declara el procedimiento concursal tiene naturaleza constitutiva (arts. 6 L. 1967 y 9 L. 1985), fijando provisionalmente la fecha de la cesación de pagos, fecha que, buscando la armonización con las legislaciones europeas que imponían límites temporales¹⁴⁵, no

¹⁴³ BELTRAN, "El nuevo Derecho concursal francés (La ley de 25 de enero de 1985 relativa al 'redressement' y la liquidación judicial de la empresa", en *La Ley*, nº 1204, de 25-V-1985, págs. 1 y ss., pág. 1.; DERRIDA, GODÉ et SORTAIS, avec la collaboration de HONORAT, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, Paris, 1991, pág. 7, nota 25; ENDRÉO et VIANDIER, *Redressement et liquidation judiciaires (L. nº 85-98 du 25 janvier 1985, commentée article par article et D. nº 85-1387 et nº 85-1388 du 27 décembre 1985)*, Paris, 1986, pág. 55; JEANTIN, *Droit commercial: Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, Paris, 1988, pág. 464.

¹⁴⁴ *J. O. Déb. Sénat*, 11 août 1988, pág. 915, citado por RIPERT-ROBLOT, *Traité de droit commercial*, II, Paris, 1990, pág. 773, nota 1.

¹⁴⁵ Los plazos varían de unos países a otros, véase HEENEN, "Les 'nullités de la période suspecte' dans les pays de la Communauté Economique Européenne", en *Liber*

podía exceder en su duración máxima de 18 meses; en defecto de fijación, se reputa que la cesación tiene lugar en la fecha de la sentencia que la constata (arts. 21-1º L.1967 y 9-1º L.1985).

Dejando a un lado el hecho de que el deudor no sea automáticamente sancionado con las inhabilitaciones políticas y profesionales, veamos cómo está el cuadro de los efectos de la apertura del procedimiento. Si se trata de procedimiento conservativo, no hay desapoderamiento sino asistencia (arts. 14 L.1965 y 32 L.1985); si, por el contrario, el procedimiento es liquidativo, el deudor es desapoderado pasando la administración de sus bienes a terceras personas –síndico/liquidador– (arts. 15 L. 1967 y 152 L. 1985). Se suspenden las acciones individuales de ejecución (arts. 35 L. 1967 y 47 L.1985). La regla que transformaba en exigibles las deudas no vencidas (art. 37 L. 1967) es suprimida por la ley de 1985, consagrando así la supremacía del vencimiento de los plazos en el marco de los procedimientos colectivos¹⁴⁶. Se interrumpe el curso de los intereses (art. 39 L. 1967 y 55 L. 1985). La agrupación de los acreedores en una masa para la mejor defensa de sus intereses, recogida en el art. 13-1º de la ley del 67, desaparece en la ordenanza de 23 de septiembre de 1967. Esta supresión es consagrada por la ley de 1985 con un valor simbólico: los acreedores agrupados no pueden oponer la defensa de su interés colectivo al interés de la empresa¹⁴⁷. Por último, la influencia de los procedimientos concursales sobre los derechos de algunas personas, principalmente del cónyuge del deudor, subsisten aunque con algunas modificaciones importantes (arts. 55 a 48 L. 1967, reproducidos por los arts.111-114 L. 1985).

2.- El desapoderamiento del deudor

Bajo la ley del 67 y en el caso de la liquidación judicial de la ley de 1985 el tema del desapoderamiento se mantiene en los mismos términos que en las etapas anteriores. No obstante, cabe mencionar la extensión del desapoderamiento a los

amicorum Baron Louis Fredericq, I, Gent, 1965, págs. 557 y ss.

¹⁴⁶ ENDRÉO et VIANDIER, *Redressement et liquidation judiciaires...*, cit., pág. 55, para quienes la norma se justifica por la pérdida de confianza de los acreedores.

¹⁴⁷ RIPERT-ROBLLOT, *ob. cit.*, II, 1990, pág. 905.

dirigentes de las empresas prohibiéndoles la cesión de sus derechos sociales (art. 21 L. 1967). Si bien la ley de 1985 no contiene ninguna previsión particular sobre el desapoderamiento de los dirigentes sociales, la doctrina considera que los poderes de los dirigentes sociales se ven afectados en la misma medida que los del deudor, persona física. Así pues, el desapoderamiento será normalmente la consecuencia de la designación de un administrador judicial con misión de representación¹⁴⁸. Tema distinto es el de la eliminación de los dirigentes sociales cuya permanencia puede suponer un obstáculo a la supervivencia y recuperación de la empresa¹⁴⁹.

En cuanto a las interconexiones del Derecho patrimonial de la familia y del Derecho concursal, aun a pesar de las profundas transformaciones operadas en el primero por la ley de 13 de julio de 1965 (modificada por la ley de 23 de diciembre de 1985), la sumisión de un esposo a un procedimiento concursal sigue sin influir radicalmente en la esfera matrimonial: no entraña la disolución del régimen económico matrimonial elegido por los esposos¹⁵⁰. Adoptado como régimen legal la sociedad de bienes gananciales¹⁵¹, el Tribunal Supremo ha establecido que el desapoderamiento de un empresario casado bajo el régimen legal afecta a sus bienes privativos y a los **gananciales**¹⁵². En cuanto a la solicitud de la separación de bienes por la mala gestión que puede representar el sometimiento a un procedimiento colectivo, la novedad radica en la atribución del beneficio a ambos esposos por la ley de 13 de julio de 1965 (arts. 1443 y 1580 C.C.).

En el procedimiento de recuperación no hay desapoderamiento en el sentido tradicional, pero el art. 32 de la ley del 85 establece un sistema que, bajo la apariencia de una cierta flexibilidad, es en realidad complicado¹⁵³. Según el art. 32 "el deudor

¹⁴⁸ Así, JEANTIN, *Droit commercial...*, cit., pág. 669.

¹⁴⁹ Cfr. art. 23 L. 1985, inspirado en el art. 32 de la ordenanza de 23 de septiembre de 1967.

¹⁵⁰ Véase supra capítulo I, apdo. B) IV, 4.

¹⁵¹ Véase supra capítulo I, apdo. B) IV, 4.1.

¹⁵² Cass. civ., 21 nov. 1978, en *D. S.*, 1979, *I. R.*, pág. 84, obs. HONORAT.

¹⁵³ RIPERT-ROBLLOT, *ob. cit.*, II, 1990, pág. 937.

continúa ejerciendo sobre su patrimonio los actos de disposición y de administración, así como los derechos y acciones que no están incluidos en la misión del administrador". La actuación del administrador va de la simple supervisión a la representación. Además, sólo concierne a la gestión la empresa. Sin embargo, el ejercicio de los derechos relativos a los bienes que no entran en la esfera de actuación del administrador no es completamente libre. Se establece una lista de actos prohibidos (art.33 L. 1985), que operan una inmovilización en el patrimonio del deudor en beneficio de la empresa y sus acreedores.

En el régimen de la ley del 67 el desapoderamiento era sancionado con la inoponibilidad a la masa de acreedores de los actos realizados por el deudor. En el régimen vigente, desaparecida la masa de acreedores, la solución ya no es la misma. En efecto, en virtud de una especie de embargo legal, el patrimonio del deudor está inmovilizado en manos del administrador y, por tanto, los actos realizados por el deudor solo son actos ejecutados por una persona carente de poder, y, por ende, deben ser declarados **nulos**¹⁵⁴, con nulidad absoluta, que puede ser pedida por cualquier interesado, puesto que la intervención del deudor contraviene las reglas de orden público establecidas para la administración y la realización de su activo (art. 33 L. 1985).

3.- La reintegración de la masa

Las leyes de 1967 y 1985 marcan algunas diferencias con respecto a las etapas anteriores, pero lo sustancial del expediente de reintegración de la masa, así como las cuestiones planteadas en torno al mismo subsisten.

En el ámbito de la comparación de las acciones concursales de reintegración

¹⁵⁴ Cass. com., 2 juin 1969, en *D. S.*, 1970, pág. 62, note PIROVANO; Cass. com., 15 juillet 1982, en *D. S.*, 1983, *I.R.*, pág. 9, obs. DERRIDA; ENDRÉO et VIANDIER, *Redressement et liquidation judiciaires...*, cit., pág. 35; JEANTIN, *Droit commercial...*, cit., pág. 465; RIPERT-ROBLOT, *ob. cit.*, II, 1990, pág. 942. En contra, adaptando a la situación actual la solución anterior, es decir, la inoponibilidad, DERRIDA, GODÉ et SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires...*, cit., pág. 165; CHAPUT, *Droit du redressement et de la liquidation des entreprises*, Paris, 1986, pág. 234; GUYON, *Droit des affaires, II, Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire. Faillite*, Paris, 1991, pág. 245.

con la acción pauliana se produce un perfeccionamiento técnico en la explicación doctrinal, que origina posturas encontradas en cuanto a la naturaleza de dichas acciones. Si bien la idea principal de unas y otra es reprimir el fraude del deudor, para el éxito de la acción pauliana se precisa la conjunción de 3 condiciones: 1.- Perjuicio causado a los demandantes. Se produce en ambos casos, pero al no haber incapacitación del deudor, la acción no va dirigida a conseguir la nulidad del acto sino a que no sea oponible al demandante que la ejercita, ni a la masa, que tiene derecho a ignorar ese acto. 2.- Existencia de fraude. En la acción pauliana ha de probarse y en los procedimientos concursales se presume. 3.- Complicidad del tercero contratante puesto que se trata de actos a título oneroso¹⁵⁵. A lo que se le opone el diferente punto de vista de los derechos civil y concursal. El Derecho civil persigue el fraude probado del deudor. El Derecho concursal, por su parte, es igualitario y la ley del 67 permite que se sancione el fraude pero, sobre todo, que se puedan impugnar los actos del deudor que hacen caer el principio de igualdad entre los acreedores¹⁵⁶.

En cualquier caso, la jurisprudencia admitía que las reglas particulares de la ley del 67 sobre las inoponibilidades no impedían el ejercicio de la acción pauliana por el síndico o por un acreedor actuando individualmente¹⁵⁷.

La normativa vigente no parece prohibir el ejercicio de la acción pauliana al representante de los acreedores. Sin embargo, da la sensación de que el art. 46-1º L. 1985, que establece que el representante de los acreedores es el único autorizado para actuar en interés de éstos, contradice la jurisprudencia que admitía el ejercicio de la acción pauliana por los acreedores *uti singuli*¹⁵⁸.

Respecto a la fijación de la fecha de la cesación de pagos y la determinación del periodo sopechoso, ya se ha indicado que se produce una importante innovación.

¹⁵⁵ RODIERE, *Droit commercial...*, cit., págs. 281-282.

¹⁵⁶ RIPERT-ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, II, Paris, 1976, pág. 761.

¹⁵⁷ JEANTIN, *Droit commercial...*, cit., págs. 650 y 713.

¹⁵⁸ Así, JEANTIN, *Droit commercial...*, cit., pág. 650; RIPERT-ROBLOT, *ob. cit.*, II, 1990, pág. 1010.

En efecto, según los arts. 6-2º L. 1967 y 9-1º L. 1985 en la sentencia declarativa se fijará la fecha de la cesación en los pagos y, en su defecto, se estimará que tuvo lugar en la fecha de la sentencia que la constata. Al igual que en las etapas anteriores, se puede retrotraer la fecha de la cesación, y aquí radica la novedad, se establece un tope legal de 18 meses (arts. 29-1º L. 1967 y 9-1º L. 1985), que puede ser ampliado hasta un máximo de 24 de meses (arts. 30 L. 1967 y 107, últ. párr. L. 1985).

El sistema, en general, sigue siendo el mismo, tanto con la ley del 67 como con la del 85. El campo de las inoponibilidades facultativas apenas sufre cambios; el de las de derecho, por el contrario, experimenta una importante precisión y ampliación. No obstante, hay una diferencia importante entre ambos textos legales. Desaparecida la masa de acreedores, las inoponibilidades pasan a ser nulidades¹⁵⁹, que hacen revertir al patrimonio del deudor los bienes que hubiera distraído en cada uno de los negocios sancionados (art. 46-2 L. 1985).

3.1.- Nulidades de derecho

Al igual que en las etapas anteriores, los actos son necesariamente fraudulentos si se han producido durante el periodo sospechoso; el tribunal no tiene más que determinar la fecha y que el acto es uno de los incluidos en la enumeración legal. Respecto a los actos civiles la fecha se determinaba según el art. 1328 C.C. (fecha frente a **terceros** de los actos en documento privado) pero al desaparecer la masa, tercero que podía prevalecer del art. 1328 C.C., los actos civiles harán prueba de su fecha por sí mismos¹⁶⁰. Respecto a los actos mercantiles la fecha se sigue probando por todos los medios¹⁶¹.

A pesar de la ampliación de la lista de supuestos, la enumeración de los arts.

¹⁵⁹ Por razón del cambio de sentido que acompaña al cambio de vocablo aunque hagamos referencia a las inoponibilidades de la ley del 67, lo haremos bajo la rúbrica de las nulidades del derecho vigente.

¹⁶⁰ DERRIDA, GODÉ et SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires...*, cit., pág. 251.

¹⁶¹ Véase, por todos, JEANTIN, *Droit commercial...*, cit., pág. 652.

29 L.1967 y 107 L. 1985 tiene carácter limitativo¹⁶². La idea general sigue siendo que tales actos no tienen utilidad para el deudor y que conceden a ciertos acreedores una mejora excesiva en relación con los demás. Según la enumeración legal son nulos, por haber sido realizados después del fecha de la cesación de pagos: todos los actos a título gratuito traslativos de la propiedad mobiliaria o inmobiliaria; todos los contratos conmutativos en los que las obligaciones del deudor exceden con mucho de las de la otra parte; todo pago, sea cual sea su modalidad, de deudas no vencidas; todo pago de deudas vencidas que no haya sido hecho en metálico, efectos de comercio, transferencia o cualquier otro medio normal de pago; los depósitos y consignaciones en aplicación de los arts. 567 Cod. proc. civ. y 2075-1 C.C.; las hipotecas convencionales o judiciales, así como la hipoteca legal de los esposos y todo derecho de garantía constituido sobre bienes del deudor por deudas anteriores; toda inscripción realizada en aplicación de los arts. 53 y 54 Cod. proc. civ.

En lo que a las donaciones se refiere (arts. 29-2-1º L. 1967 y 107-1º L.1985) la única novedad reseñable es que, desaparecida la masa y sustituida la inoponibilidad por la nulidad, la situación del subadquirente se ve agravada en el régimen vigente. Declarado nulo el acto por el que fue transmitido el bien al adquirente, el subadquirente, con independencia de su buena o mala fe, no ha podido adquirir válidamente.

Los contratos conmutativos con prestaciones desequilibradas son una novedad importante introducida por la ley del 67 y mantenida por la del 85. Los arts. 29-2-2º L. 1967 y 107-2º L.1985 se refieren a dichos actos como constitutivos de una donación encubierta. Cuando no se puede probar la liberalidad, el supuesto es sospechoso y, en cualquier caso, contrario a la igualdad que debe existir entre las prestaciones. Descartada la idea de lesión en los contratos aleatorios¹⁶³, el vigente art. 107-2º L. 1985 no es aplicable a estos contratos, salvo que se pruebe que la suerte es simplemente aparente¹⁶⁴. Pronunciada la nulidad del contrato, el tercero, obligado a

¹⁶² RIPERT-ROBLOT, *ob. cit.*, II, 1976, pág. 766 y *ob. cit.*, II, 1990, pág. 1013.

¹⁶³ Sobre esta cuestión, véase DEPREZ, "La lesion et les contrats aléatoires", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1955, págs. 1 y ss.

¹⁶⁴ JEANTIN, *Droit commercial...*, cit., pág. 653.

restituir la prestación recibida, puede insinuarse en el procedimiento por el montante de su prestación.

En el marco del pago de las deudas no vencidas el art. 29-2-3º L.1967 estableció una restricción peligrosa al limitarse a señalar los pagos por deudas no vencidas en el día en que se pronuncia la sentencia declarativa, con lo que se dejaban fuera los pagos anticipados de deudas cuyo vencimiento era anterior a la fecha de la sentencia. La restricción, duramente criticada por la doctrina¹⁶⁵, ha sido suprimida por el art. 107-3º L. 1985, que hace una mención general relativa a las deudas "no vencidas al día del pago".

Declarada la nulidad del pago, el acreedor está obligado a restituir el bien que se le entregó o, si la restitución *in natura* es imposible, su equivalente en dinero. No extinguido el crédito por el pago declarado nulo, el acreedor puede insinuarse en el procedimiento por el mismo.

Respecto a las deudas vencidas y pagadas (arts. 29-2-4º L. 1967 y 107-4º L. 1985), el legislador, en aras de la seguridad del tráfico, no sanciona todos los pagos realizados durante el periodo sospechoso, sino sólo los efectuados por medios anormales, cuyos supuestos concretos (cesión de crédito, delegación, perfecta o imperfecta, dación en pago, etc.) son el fruto de una amplísima construcción jurisprudencial¹⁶⁶. En el sistema de la ley de 1985 se consideran medios normales de pago: el metálico; los efectos de comercio; las transferencias; las minutas de cesión de créditos profesionales contempladas por la ley 81-1 de 2 de enero para facilitar el crédito a las empresas, y cualquier otro medio de pago comúnmente admitido en las relaciones de negocios.

En cuanto a las garantías reales por deudas anteriores, los arts. 29-2-6º y 107-6º L. 1985 reproducen la solución tradicional. Al igual que en otros casos, los supuestos concretos a los que afecta la norma son, en gran medida, fruto de la construcción jurisprudencial, en la que se mezclan las garantías con actos que no son

¹⁶⁵ Véase, por todos, RIPERT-ROBLOT, *ob. cit.*, II, 1990, pág. 1017.

¹⁶⁶ RIPERT-ROBLOT, *ob.cit.*, II, 1990, págs, 1018-1020.

propiamente tales: hipotecas, anticresis, prenda mobiliaria, fianza sobre los instrumentos de trabajo, warrants de todo tipo, fianzas sobre créditos profesionales, provisión de una letra emitida con anterioridad, etc.¹⁶⁷.

Una novedad importante, introducida por la ley del 67 y mantenida por la del 85, es la inclusión, junto a las hipotecas convencionales y judiciales, de la hipoteca legal de los cónyuges. Como regla general, la hipoteca legal escapa al régimen de las nulidades pues no nace de la voluntad de las partes y siempre es concomitante o anterior a las deudas que garantiza.

La regla tenía como fundamento el deseo de evitar los fraudes entre cónyuges, pero ello no bastó para evitar las críticas. Tratando de salvar la "inadvertencia" del legislador, cuya aplicación era inconcebible, la doctrina se inclinó por entender que la norma va referida al retraso en la inscripción de dicha hipoteca y no a la hipoteca misma¹⁶⁸.

Declarada la nulidad de la garantía, el acreedor puede insinuarse como acreedor quirografario, y el representante del procedimiento tiene el derecho, si se vende el bien garantizado, de cobrar inmediatamente el precio¹⁶⁹.

3.2.- Nulidades facultativas

En este punto las leyes de 1967 y 1985 han mantenido el sistema y las soluciones de las atapas anteriores, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto. Unicamente cabe hacer mención de la norma contenida en el art. 29-3 L. 1967, reproducida en el art. 107, párr. 2 L. 1985, según la cual los actos a título gratuito traslativos de la propiedad mobiliaria o inmobiliaria realizados en los seis meses anteriores a la cesación de pagos pueden ser declarados nulos, es decir, para los actos a título gratuito el periodo sospechoso puede alargarse de 18 a 24 meses.

¹⁶⁷ RIPERT-ROBLOT, *ob. cit.*, II, 1990, págs. 1022-1023.

¹⁶⁸ RIPERT-ROBLOT, *ob. cit.*, II, 1976, pág. 774 y *ob. cit.*, II, 1990, pág. 1023.

¹⁶⁹ Cass. com., 25 février 1986, en *D. S.*, 1986, I. R., pág.240.

4.- Derechos del cónyuge del deudor

La ley de 13 de julio de 1967 produjo profundas modificaciones en el régimen de los derechos del cónyuge del quebrado (arts. 55-58); modificaciones que han sido conservadas sin alteración por la ley de 1985 (arts. 111 a 114).

Las restricciones anteriores relativas a la hipoteca judicial (créditos garantizados y bienes sobre los que hacerla efectiva) han sido suprimidas. El cónyuge que reivindica sus bienes privativos puede demostrar su propiedad utilizando los medios de prueba del derecho común; el único límite a sus derechos lo siguen constituyendo, como en el pasado, las donaciones y liberalidades matrimoniales consentidas por su consorte¹⁷⁰.

La única novedad importante que hay que reseñar es la abolición de la presunción muciana por la ley de 13 de julio de 1967; supresión mantenida por la ley de 1985.

Según el art. 56 L. 1967 y el vigente art. 112 L. 1985, si el representante de los acreedores o el administrador quieren hacer entrar en el activo sometido a un procedimiento concursal los bienes adquiridos por el cónyuges del deudor, les incumbe la prueba de que tales bienes han sido adquiridos con medios proporcionados por el deudor. Dado que se trata de establecer una simulación, la prueba puede hacerse por todos los medios admitidos en derecho, bastando con demostrar que el cónyuge del deudor carecía, al tiempo de la adquisición, de fortuna y de una actividad personal que le permitieran afrontar el gasto¹⁷¹. Demostrada la simulación, el bien se considera incluido en el activo a la fecha del procedimiento; si se trata de un inmueble, la hipoteca que se haya podido constituir o inscribir con posterioridad a la declaración del procedimiento pierde su valor¹⁷².

¹⁷⁰ Dada la identidad de supuestos y soluciones ya vistos en relación con el Código de Comercio y el decreto de 20 de mayo de 1955, nos remitimos a los apartados A) III,4 y B) de este mismo capítulo.

¹⁷¹ Cass.com., 14 février 1989, citada por RIPERT-ROBLLOT, *ob. cit.*, II, 1990, pág. 1052.

¹⁷² RIPERT-ROBLLOT, *ibidem*.

CAPITULO QUINTO

ORDENAMIENTO ALEMAN

I. Introducción	364
II. La quiebra	365
1. Declaración y efectos: Aproximación	365
2. El desapoderamiento del quebrado	366
3. La reintegración de la masa	368
3.1. La impugnación concursal	369
3.2. La impugnación de los actos fraudulentos	371
3.3. La impugnación de los actos a título gratuito	373
3.4. Efectos de la impugnación	375
4. Derechos del cónyuge del quebrado	376
4.1. Ideas generales	376
4.2. Reivindicación de sus bienes propios	376
5. El procedimiento separado sobre el patrimonio común de la comunidad universal de bienes	383

I. INTRODUCCION

Como ya hemos indicado en la introducción general, para el examen de cada uno de los ordenamientos extranjeros partimos del momento histórico de la Codificación correspondiente.

La Ley concursal alemana, promulgada a finales del S. XIX, el 10 de febrero de 1877, texto vigente de 20 de mayo de 1898, ha sufrido diversas modificaciones, entre las cuales, después de la 2ª Guerra mundial, cabe señalar las derivadas de las leyes de equiparación jurídica del varón y la mujer (1957), la de sustitución del juramento de manifestación por una declaración de saber y conciencia (1970), algunas de Derecho marítimo (1972) y especialmente la de pago de los salarios de los trabajadores del empresario en quiebra, como deudas de la masa (1974).

Basándose en el cambio de circunstancias de todo orden desde la promulgación de la KO, y en las nuevas ideas que aparecieron en la Ley de Convenios Preventivos (Vergleichsordnung, de 25 de febrero de 1935), la doctrina ha reclamado otras muchas innovaciones. No obstante las páginas que dedican los grandes comentaristas a los "problemas de la reforma del Derecho concursal material"¹, es innegable que la legislación concursal alemana ha podido conservar, fundamentalmente, la concepción de hace más de un siglo, lo que pone de manifiesto la anticipación ideológica, el esmero con que se redactó, la casi exhaustividad de previsiones y la perfección técnica generalmente reconocida y que todavía hoy sigue siendo evidente.

La vocación de permanencia de la considerada como "la mejor de las leyes de

¹ Sobre las reformas que se piden véanse JAEGER-LENT, *Kommentar zur Konkursordnung*, I, Berlin, 1958, págs. 8 y ss.; WEBER, "Ziele und Wege der Insolvenzrechtsreform", en *Einhundert Jahre Konkursordnung 1877-1977*, Köln-Berlin-München, 1977, pág. 326; KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung. Kommentar*, München, 1986, págs. 13-20.

justicia del Imperio" y la promulgación del BGB al inicio del S. XX alivian enormemente la división en grandes períodos. Y aun a pesar del importante cambio que supuso la promulgación de la Ley de equiparación jurídica del varón y la mujer en el campo del Derecho patrimonial de la familia, examinaremos conjuntamente las normas del BGB y de la Gleichberechtigungsgesetz, si bien señalando las diferencias entre unas y otras, en sus puntos de conexión con las de la Ley concursal.

II.- La quiebra

1.- Declaración y efectos: Aproximación

En el ordenamiento alemán no se plantea el tema de la naturaleza constitutiva o declarativa del pronunciamiento de apertura de la quiebra. En el auto de apertura deberán contenerse el nombramiento del síndico, el plazo para la insinuación de los créditos, la fecha de la audiencia en la que se ha de celebrar el trámite de verificación de créditos, la prohibición de efectuar pago alguno y la hora de apertura del procedimiento (arts. 108 y 110 KO). Así pues, entre las menciones del auto no figura la de la determinación del momento a partir del cual debe entenderse que el deudor se hallaba en situación de insolvencia; determinación que tampoco se producirá posteriormente.

El auto declarativo es el punto de arranque del procedimiento, y da paso a los efectos inherentes al mismo. Sin embargo, incluso antes de dictarse el auto de apertura, el Tribunal puede adoptar una serie de medidas, encaminadas a asegurar la integridad de la masa y a proteger los intereses de los acreedores²; medidas que se concretan en el arresto del quebrado y en la imposición de una prohibición general de disponer, y que deben ser revocadas en el momento en que sea rechazada la demanda de apertura (art. 106 KO).

Como consecuencia del criterio puramente objetivo en el que se inspira la KO, que sólo tiene en cuenta la persona del deudor a los efectos de la necesaria limitación de sus derechos, para poder ejecutar los créditos, la apertura del procedimiento sólo produce efectos patrimoniales, sin que exista un sistema propio de sanciones no

² KOHLER, *Leitfaden des deutschen Konkursrechts*, Stuttgart, 1903, pág. 162.

penales en el marco del procedimiento³. Dichos efectos son los siguientes: el quebrado es desposeído de la administración y disposición de sus bienes (art. 6-I KO), pasando la misma a manos de terceras personas (art. 6-II KO); se suspenden las acciones individuales de ejecución y todos los procedimientos cuyo objeto sea uno de los incluidos en la masa activa de la quiebra (arts. 14 y 15 KO y 240 ZPO), con la consiguiente suspensión de cualquier término (art. 249-I ZPO); se produce el vencimiento anticipado de los créditos (art. 65 KO) que, en caso de no serlo, deben transformarse en dinerarios (art. 69 KO); se suspende el curso de los intereses (art. 63 KO), y los acreedores, aun sin existir una noción jurídica de masa pasiva, se agrupan de hecho para la mejor satisfacción de sus créditos (art. 3 KO).

2.- El desapoderamiento del quebrado

Desde el momento de la apertura del procedimiento el quebrado pierde la facultad de usar y disponer de aquellos bienes suyos que formarán parte de la masa activa, pasando tales derechos al síndico (art. 6 KO). Este efecto de la apertura de la quiebra, entendido como un derecho de prenda⁴, que se concreta, según la jurisprudencia, en una prohibición de enajenar en el sentido del art. 135 BGB, es decir, prohibición que sólo persigue la protección de determinadas personas, siendo sólo ineficaz la disposición frente a ellas⁵, es automático, entendiéndose producida la desposesión en la fecha y hora consignados en el auto de apertura, y si no se hubiere fijado la hora, se entiende que la desposesión comienza al mediodía del día del pronunciamiento (art. 108 KO). Además, el art 7-III KO establece una presunción *iuris tantum* de que los actos concluidos por el deudor en esa fecha lo han sido

³ No obstante, existen ciertas "consecuencias" legales, repartidas en diversos textos, que afectan a la persona sometida a una limitación de su facultad de disposición patrimonial. Así, por ejemplo, el deudor declarado en quiebra no puede ejercer funciones judiciales (arts. 32, 84 y 109 GVGA); no puede ingresar en el Colegio de Abogados (arts. 7 y 15 BRAO); no puede ser tutor (arts. 1781 y 1886 BGB), ni puede administrar la fortuna de sus hijos (art. 1670 BGB).

⁴ Así, KOHLER, *Leitfaden...*, cit., pág. 73.

⁵ MENTZEL-KUHN, *Kommentar zur Konkursordnung*, Berlin-Frankfurt, 1962, pág. 64.

después de la hora fijada en el auto de apertura⁶.

El desapoderamiento afecta únicamente a los bienes pertenecientes al deudor al tiempo de la apertura del procedimiento, es decir, a los bienes presentes del deudor (art. 1-I KO), exclusión hecha de los bienes inembargables (arts. 1-IV KO y 811 y 850h ZPO) aunque no de los libros de contabilidad del quebrado (art. 1-III KO), los cuales sólo pueden ser entregados junto con la totalidad de la empresa, pues son necesarios para la continuación de la actividad empresarial (art. 117-II KO).

El hecho de que el desapoderamiento sólo afecte a los bienes presentes y la prohibición de ejecuciones individuales sobre cualesquiera bienes del quebrado dan lugar a la existencia de una especie de patrimonio libre, sobre el cual la masa no tiene ningún derecho, que quedará afectado a los nuevos acreedores del quebrado; produciéndose así dos masas patrimoniales diferenciadas que, aunque pertenecientes a una misma persona, servirán separadamente para el pago de distintos acreedores⁷.

En lo que a las interconexiones del Derecho patrimonial de la familia con el Derecho concursal se refiere, hay que señalar que con anterioridad a la ley de equiparación⁸, la declaración en quiebra del marido, y sólo del marido, era causa de disolución del régimen de administración y disfrute maritales⁹ y del régimen de comunidad de gananciales¹⁰. El fundamento de esta causa de disolución de estos dos regímenes matrimoniales parece estar en la necesidad de facilitar a la mujer, durante el procedimiento concursal, el manejo del dinero imprescindible para cubrir los gastos que origina el mantenimiento de la familia¹¹.

⁶ Véase KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung...*, cit., págs. 310-312.

⁷ Véanse THALLER, *Des faillites en droit comparé*, I, Paris, 1887, págs. 348-350 y KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung...*, cit., págs. 125-126.

⁸ Para la situación anterior a la promulgación del BGB véase THALLER, *Des faillites...*, II, cit., pág. 355.

⁹ Véase supra capítulo II, apdo. A) III, 4.

¹⁰ Véase supra capítulo II, apdo. A) IV, 4.4.

¹¹ Así, BONELLI, *Del fallimento*, II, Milano, 1923, pág. 388.

En la actualidad, en ninguno de los tres regímenes matrimoniales existentes está prevista como causa de disolución de los mismos la declaración en quiebra de uno de los cónyuges. Unicamente hay que hacer mención de la declaración en concurso del patrimonio común, en el régimen de comunidad universal de bienes, así como del especial rigor con que son tratados los negocios concluidos entre los cónyuges; cuestiones que examinaremos más adelante.

3.- La reintegración de la masa

El sistema de reintegración de la masa contenido en la KO no conoce la retroacción, ni absoluta ni relativa, sino que establece una serie de acciones de impugnación. No obstante, el régimen alemán participa en cierta medida del sistema relativo de reintegración, pues sólo una parte de los negocios celebrados por el deudor después de una fecha determinada, anterior a la apertura del procedimiento, puede verse privada de eficacia.

Los negocios impugnables lo son por haber sido concluidos con posterioridad a la cesación de pagos (*Zahlungseinstellung*) que ha motivado la apertura del procedimiento, pero sin que exista determinación, ni judicial ni legal, del momento en que aquélla se produjo.

En el marco de un procedimiento de quiebra, el ejercicio de la acción de impugnación compete exclusivamente al síndico (art. 36 KO), ha de ejercerse ante el órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento (art. 71 KO) y en el plazo del año siguiente a la apertura del procedimiento, entendiéndose que es un plazo prefijado y no una prescripción¹²; no obstante, puede entablarse posteriormente por vía de excepción (art. 41-I KO), teniendo sólo lugar si los acreedores han sufrido un perjuicio y si el acto ha disminuido la masa activa¹³.

¹² JAEGER-LENT, *Kommentar...*, I, cit., pág. 488.

¹³ JAEGER-LENT, *Kommentar...*, I, cit., pág. 418.

3.1.- La impugnación concursal

La acción de impugnación concursal del art. 30 KO tiene su fundamento en una serie de hechos en los cuales es característica la concurrencia del conocimiento de la crisis del deudor por la parte contratante¹⁴.

La acción de impugnación concursal puede proceder en dos supuestos distintos, contemplados ambos en el art. 30 KO: contratos y pagos y garantías.

El art. 30-I, primer inciso, KO regula la impugnación de los negocios jurídicos celebrados por el deudor de los que se derive un perjuicio inmediato para los acreedores. Entre estos negocios únicamente se incluyen los de carácter bilateral, como, por ejemplo, las ventas a precio irrisorio, las compras a precio muy elevado o los préstamos en condiciones desventajosas, es decir, los contratos conmutativos con prestaciones desequilibradas¹⁵, tal y como se deriva del tenor literal del precepto.

Por lo que al daño se refiere, se entiende que el perjuicio derivante debe ser inmediato y el nexo de causalidad ha de ser necesariamente directo

Para que proceda la impugnación de estos negocios es preciso que hayan sido celebrados entre el inicio de la cesación de pagos y la apertura del procedimiento y que el tercero contratante conociese, al tiempo de la celebración del negocio, la cesación de pagos (art. 30-I KO).

En este caso la prueba de ambos requisitos recae sobre el síndico (art. 30-I KO), sin que de la prueba de la cesación de pagos se derive presunción alguna del conocimiento de la misma que facilite el ejercicio de la acción¹⁶.

A continuación, el inciso final del párrafo 1º y el párrafo 2º regulan la

¹⁴ JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs und Konkursrecht*, München, 1980, pág. 187.

¹⁵ JAEGER-LENT, *Kommentar...*, I, cit., pág. 460.

¹⁶ MASSAGUER FUENTES, "La reintegración de la masa en el Derecho concursal alemán", en *RGD*, 1985, págs. 2185 y ss., pág. 2200.

impugnación de los pagos y garantías debidas e indebidas.

La cobertura (pago, garantía) se concreta en la extinción, total o parcial, de la deuda, o en la constitución de una garantía, realizada por el deudor cuando ya no podía hacer frente al regular cumplimiento de sus obligaciones. La cobertura es debida si el crédito ya había vencido e indebida si todavía no era exigible, incluidos los pagos en virtud de mandamiento ejecutivo (art. 803 ZPO).

La sanción se fundamenta en la protección del principio de igualdad de trato entre los acreedores, roto por efecto de los negocios solutorios.

En el caso de las coberturas debidas la carga de la prueba del acto y del conocimiento de la cesación de pagos recae sobre el síndico (art. 30-I KO).

En lo que a los pagos y garantías indebidos se refiere, el art. 30-II KO alarga el lapso temporal durante el que dichos negocios son impugnables, estableciendo que lo serán los realizados después del inicio de la cesación de pagos o después de la apertura del procedimiento o en los diez días previos a tal cesación o tal apertura.

En el caso de las coberturas indebidas se invierte la carga de la prueba, lo que mejora la posición del síndico¹⁷. El acreedor debe probar su desconocimiento de la cesación de pagos, así como de la intención del deudor de favorecerle (art. 30-II, último inciso).

Las normas contenidas en el art. 30 KO tienen un límite y una excepción. El límite viene dado por el art. 33 KO, según el cual los negocios concluidos seis meses antes de la apertura del procedimiento no pueden ser impugnados sobre la base del conocimiento de la cesación de pagos. La excepción, por su parte, se encuentra recogida en el art. 34-I KO, en virtud del cual escapan a la impugnación concursal, al igual que en las legislaciones francesa¹⁸ e italiana¹⁹, los pagos de letras de cambio

¹⁷ HEENEN, "Les 'nullités de la période suspecte' dans les pays de la Communauté Économique Européenne", en *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, I, Gent, 1966, págs. 557 y ss., pág. 559.

¹⁸ Véase supra capítulo IV, apdos. A) II, 3.2. y C) II, 3.2.

y cheques. La norma se refiere a los supuestos en que quien recibe el pago del efecto por parte del quebrado está obligado a recibirlo, según las normas del Derecho cambiario, para no perder la acción contra los demás obligados cambiarios. No obstante, la suma satisfecha por el quebrado podrá serle reclamada al último obligado cambiario o al tercero por cuya cuenta hubiese negociado el efecto la persona anterior, si el síndico prueba que las personas mencionadas conocían la cesación de pagos (art. 34-II KO).

3.2.- La impugnación de los actos fraudulentos

En virtud del art. 31-I KO el síndico puede instar la impugnación de todos los negocios jurídicos realizados del deudor, sea cual sea la fecha de celebración, realizados con el propósito de perjudicar a sus acreedores.

La prueba de los requisitos necesarios para el ejercicio de la acción incumbe al síndico. En concreto deberá probar: la celebración del negocio jurídico, incluyéndose toda clase de negocios jurídicos, la intención del quebrado de causar un perjuicio a los acreedores, el conocimiento de dicha intención por el tercero y la producción del perjuicio²⁰.

El único límite para el ejercicio de esta acción viene dado por el plazo de prescripción contenido en el art. 41-I KO: no pueden ser impugnados los negocios celebrados más de 30 años antes²¹.

Conforme al párrafo 2º del propio art. 31 KO esta misma acción de impugnación es ejercitable contra todos los negocios jurídicos bilaterales celebrados por el deudor en el año anterior y con determinadas personas, especificadas en la ley.

En concreto el art.31-II KO dispone que son impugnables : "los contratos a

¹⁹ Véase infra capítulo VI, apdos. A) II, 3.2. y B) II, 3.2.

²⁰ Véase KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung...*, cit., pág. 629.

²¹ Véase KOHLER, *Leitfaden...*, cit., pág. 142.

título oneroso celebrados en el año anterior a la apertura de la quiebra con el propio cónyuge, antes o durante el matrimonio, con sus parientes, en línea ascendente y descendente, suyos o de su cónyuge, con sus hermanos o hermanastros, suyos o de su cónyuge, o con el cónyuge de alguna de estas personas, en cuanto los acreedores del quebrado resulten perjudicados por la conclusión del contrato y la otra parte no pruebe que desconocía, al tiempo de la celebración del contrato, la intención del acreedor de perjudicar a sus acreedores".

Según la jurisprudencia, el fundamento de la norma radica en que el parentesco puede permitir a los suyos conocer las dificultades en que se va a ver envuelto el deudor, lo que les puede impeler a celebrar un negocio con él, en perjuicio de los acreedores²².

La norma afecta únicamente a los negocios onerosos bilaterales, con inclusión de los negocios solutorios que escapen a la impugnación concursal del art. 30-I KO y alcanzando, en caso de quiebra de una sociedad colectiva, a los negocios celebrados con los socios o con los parientes de éstos²³.

La dureza de la norma, con respecto al cónyuge del quebrado, se manifiesta en la sanción de los contratos celebrados aun antes de haber contraído matrimonio, lo que contrasta con la exclusión de la impugnación cuando el contrato se ha celebrado con un cónyuge anterior, cuando el matrimonio ha sido declarado nulo y cuando los cónyuges viven separados²⁴.

En lo que a las relaciones de parentesco se refiere, se aplican las disposiciones del Código civil, en concreto el art. 3 EG BGB.

Tal y como establece el propio precepto, el contrato debe haberse celebrado en el año anterior a la apertura del procedimiento. Si se hubiera celebrado en un momento

²² KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung...*, cit., pág. 637.

²³ Véase MENTZEL-KUHN, *Kommentar...*, cit., pág. 248.

²⁴ Véase KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung...*, cit., págs. 638-639.

distinto, será impugnabile por la vía del art. 31-I KO o por la del art. 30-I KO.

Sobre la base de la proximidad de los sujetos enunciados al quebrado, el legislador alemán tiende a facilitar el ejercicio de la acción de impugnación, y para ello suprime la prueba de la intención del deudor de perjudicar a sus acreedores, sustituyéndola por una presunción *iuris et de iure* de la misma; así como la del conocimiento por los terceros del *animus fraudandi*, sustituyéndola por una presunción *iuris tantum* del mismo.

En consecuencia pues, el síndico sólo debe probar la celebración del contrato oneroso, el momento de conclusión del mismo, la coincidencia del tercero con alguna de las personas mencionadas y la existencia de un perjuicio para la masa causado por la celebración del negocio.

El demandado puede eludir la impugnación enervando la presunción *iuris tantum* de que conocía la intención del deudor de causar un perjuicio a sus acreedores.

3.3.- La impugnación de los negocios a título gratuito

Según el art. 32 KO son impugnables las disposiciones a título gratuito efectuadas por el quebrado en el año anterior a la apertura de la quiebra, excepción hecha de los regalos de uso, y las disposiciones a título gratuito en favor de su cónyuge, efectuadas en los dos años anteriores a la apertura de la quiebra.

La norma afecta a todas las disposiciones a título gratuito²⁵, a excepción de los regalos de costumbre, cuya única mención en el párrafo primero ha sido rechazada por la jurisprudencia como causa de impugnación de los regalos de uso entre los esposos²⁶.

La impugnación de los actos a título gratuito no tiene su fundamento en la

²⁵ Para una distinción entre disposiciones gratuitas y no gratuitas véase KOHLER, *Leitfaden...*, págs. 151-152.

²⁶ MENTZEL-KUHN, *Kommentar...*, cit., pág. 258.

No obstante, ha habido posiciones doctrinales favorables a la impugnación de los regalos módicos entre esposos. Así, KOHLER, *Leitfaden...*, cit., pág. 152.

consecución del principio de igualdad de trato, sino en la evitación de un perjuicio indirecto a los acreedores²⁷.

Esta acción de impugnación es compatible con la establecida en el art. 342-1 HGB para las asociaciones de cuentas en participación.

Para que la demanda de impugnación sea acogida, el síndico debe probar que se ha verificado un negocio a título gratuito, y que el mismo se celebró en el año o en los dos años anteriores a la apertura del procedimiento, según quién fuera el beneficiario: el cónyuge o un tercero cualquiera.

La mayor particularidad, a los efectos que nos interesan, de la norma del párrafo segundo está en que, a juicio de la doctrina y de la jurisprudencia, la impugnación de las donaciones efectuadas por el quebrado en favor de su consorte lleva al mismo resultado práctico que la, declarada inconstitucional, Presunción Muciana del art. 45 KO²⁸.

A diferencia de lo que sucede en la impugnación de los actos fraudulentos, la disposición del art. 32-II KO sólo afecta a las donaciones efectuadas **durante** el matrimonio.

Además de producir el mismo resultado práctico que el derogado art.45 KO, la impugnación de las donaciones del quebrado en favor de su consorte tiene a su favor la presunción del art. 1362 BGB de que las cosas muebles poseídas por uno o ambos cónyuges, pertenecen al deudor.

La impugnación de las donaciones del quebrado a su cónyuge no significa que no puedan hacerse donaciones entre cónyuges, sino que cuando no existe una causa moral para ellas, el bien desplazado debe reintegrarse al patrimonio de origen²⁹.

²⁷ KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung...*, cit., pág. 644.

²⁸ KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung...*, cit., pág. 656 y autores allí citados. Sobre la Presunción Muciana véase infra apdo. 4.2.

²⁹ KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung...*, cit. pág. 657.

Ahora bien, si en el régimen de participación en las ganancias se procede, por disolución del régimen matrimonial, a hacer efectivo el crédito de participación en el plazo señalado para la impugnación de las donaciones entre cónyuges, dicha transmisión no se considera una donación³⁰.

3.4.– Efectos de la impugnación

La impugnación de los negocios a los que alcanza el art. 30 KO da lugar a la restitución por el acreedor de la suma pagada o a la ineficacia de la garantía (art. 37 KO), así como al renacimiento del crédito que ostentaba el tercero.

La impugnación de los actos fraudulentos y de los a título gratuito origina para el tercero la obligación de devolver lo percibido; devolución que ha de efectuarse *in natura*. De no ser posible tal devolución, deberá restituirse el valor actual del bien.

Ahora bien, en caso de que el tercero hubiera actuado de buena fe al recibir del deudor un bien a título gratuito, sólo deberá restituir la proporción en que se ha enriquecido aunque ésta sea inferior al valor del bien (art. 37-II KO).

A pesar de los plazos de prescripción con los que cuenta el art. 41-I KO, el síndico no está obligado a realizar la prestación que debía llevar a cabo el quebrado por razón de un negocio impugnable, aunque ello implique la exclusión de la acción de impugnación (art. 41-II KO).

La masa, por su parte, debe restituir al tercero, afectado por la impugnación, su prestación, cuando ésta se encuentre en la masa o se haya enriquecido con su valor. De lo contrario, el tercero sólo puede hacer valer su derecho insinuándose en la quiebra.

³⁰ KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung...*, cit., pág. 795.

4.- Derechos del cónyuge del quebrado

4.1.- Ideas generales

Al lado de las normas relativas a la impugnación de los contratos entre cónyuges, la ley concursal alemana contempla otras dos cuestiones referidas a los esposos.

En primer lugar, e integrando el cuadro de las disposiciones generales, regula el destino de los bienes comunes en función de cuál de los cónyuges sea el administrador de los mismos (art. 2 KO).

En segundo lugar, y en el marco del derecho de separación de los bienes que no son propiedad del quebrado (arts. 43 a 46 KO), regula la llamada presunción muciana concursal (art. 45 KO).

Ambas normas resultaron modificadas por la ley de equiparación jurídica del varón y la mujer. No obstante, vamos a exponer conjuntamente ambos periodos, marcando las diferencias entre uno y otro.

4.2.- Reivindicación de sus bienes propios

Bajo la vigencia del BGB el derecho de separación enunciado por el art. 43 KO, "el derecho de separar de la masa de la quiebra un objeto no perteneciente al quebrado, sobre la base de un derecho real o personal, se ejerce según la normas vigentes al margen del procedimiento de quiebra", le era negado a la mujer del quebrado, por considerar que era de aplicación preferente el art. 45 KO, que restringía el derecho de separación de la misma³¹.

La situación varía notablemente con la ley de equiparación jurídica. Como consecuencia de los principios que inspiran la nueva normativa sobre los regímenes

³¹ Así, JAEGER, *Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen*, I, Berlin-Leipzig, 1931, pág. 739.

económicos del matrimonio³², toma cuerpo el principio "una persona, una patrimonio, una quiebra", en virtud del cual cada cónyuge puede separar de la masa de la quiebra del otro sus bienes propios³³.

Dados los concretos regímenes existentes, hay que distinguir distintos tipos de bienes. En los regímenes disociativos (participación en las ganancias y separación de bienes) cada esposo puede reivindicar sin ningún tipo de limitación sus bienes propios. En el régimen de comunidad universal de bienes el tema se plantea en otros términos.

Bajo la vigencia del BGB el antiguo art. 2 KO establecía que, estando el matrimonio sometido a uno de los regímenes comunitarios, en caso de declaración de quiebra del marido los bienes comunes formaban parte de la masa de la quiebra, sin que procediera ninguna liquidación del patrimonio común entre los cónyuges. Por el contrario, si la declarada en quiebra era la mujer, los bienes comunes no pasaban a formar parte de la masa de su quiebra. Esta exclusión era interpretada como un derecho de separación conferido al marido, aplicable tanto si la mujer era comerciante como si no³⁴.

En la actualidad hay que distinguir según quién sea el administrador de los bienes comunes³⁵. Si el patrimonio común es administrado por uno solo de los esposos, y éste es declarado en quiebra, dicho patrimonio pasa a formar parte de la masa de la quiebra; si, por el contrario, el declarado en quiebra es el cónyuge no administrador, el patrimonio común no pasa a formar parte de la masa de su quiebra (art. 2-I KO). Si el patrimonio común es administrado conjuntamente por ambos cónyuges, la declaración de quiebra de cualquiera de ellos no hace entrar dicho patrimonio en la masa activa. En este último caso se puede abrir un procedimiento separado sobre el

³² Véase supra capítulo II, Introducción Histórica.

³³ Véase KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung...*, cit., pág. 733.

³⁴ Véase JAEGER, *Kommentar...*, I, cit., pág. 61.

³⁵ Sobre la gestión de los bienes comunes en el régimen de comunidad universal véase supra capítulo II, apdo. B) IV.

patrimonio común³⁶; solución legislativa que era rechazada por la doctrina negando la posibilidad de someter una comunidad no societaria a un procedimiento de quiebra³⁷.

En el caso de que proceda la inclusión del patrimonio común en la masa activa de la quiebra, cada cónyuge puede separar sus bienes reservados y sus bienes aportados. A este respecto no rige la presunción del art. 1006 BGB, según la cual el poseedor de una cosa mueble, se reputa su propietario, aunque sí lo hace la del art. 1362 BGB, que presume que los bienes poseídos por uno o ambos esposos pertenecen al deudor³⁸. En consecuencia, si se produce alguna disputa en cuanto al derecho de separación de un cónyuge, éste debe demostrar su propiedad.

El segundo precepto relativo a la reivindicación de los bienes propios del quebrado es el art. 45 KO, que recoge la **presunción muciana concursal**: "la mujer (cónyuge) del quebrado no puede reivindicar las cosas que adquirió durante el matrimonio, a no ser que pruebe que no fueron adquiridas con medios del quebrado".

Hasta la promulgación de la ley de equiparación jurídica la norma sólo era aplicable a las adquisiciones realizadas por la mujer. La ley de equiparación trajo consigo la bilateralización, es decir, la aplicabilidad de la norma a ambos cónyuges sin más distinción, pero nada más. El fundamento y el funcionamiento de la presunción muciana siguieron siendo los mismos.

La formulación de la presunción muciana que contiene el art. 45 KO se aparta de las manifestaciones que encontramos en el Derecho francés³⁹ o en el Derecho italiano⁴⁰.

El art. 45 KO contiene una presunción *iuris tantum*, enervable mediante prueba

³⁶ Véase infra apdo. 5.

³⁷ Véase KOHLER, *Leitfaden...*, cit., pág. 170.

³⁸ Véase supra capítulo II, apdo. B) I, 4.

³⁹ Véase supra capítulo IV, apdo. A) II, 4.4.

⁴⁰ Véase infra capítulo VI, apdo. A) II, 4.2.

en contrario, de que los bienes adquiridos por un cónyuge durante el matrimonio lo han sido con dinero del quebrado. Establecida esta premisa, los bienes del cónyuge no deudor pasan directamente, por ministerio de la ley, a formar parte de la masa activa de la quiebra de su consorte, sin pasar por la presunción de que los bienes son propiedad del quebrado. Es decir, en el art. 45 KO no existe ninguna presunción de simulación.

El fundamento de la norma está en el matrimonio mismo⁴¹. La propia naturaleza del matrimonio da lugar a que se produzca una confusión entre los bienes de los esposos, llegando a ser irreconocible el patrimonio de cada uno de ellos, y los acreedores deben ser protegidos frente a este peligro de confusión, voluntaria o involuntaria e incluso inevitable⁴².

La norma del art. 45 no contiene una presunción de propiedad, sino que dispone una efectiva extensión del desapoderamiento a bienes que no son de propiedad del quebrado. Lo adquirido por un cónyuge, aunque lo sea con medios del otro, debe ser de su propiedad, pero por un mandato legal equitativo, se produce una extensión de la masa de la quiebra⁴³. Es decir, el art. 45 KO amplía el art. 1 KO, de tal manera que el síndico debe llevar a la masa, sacándolos del patrimonio matrimonial, los bienes adquiridos durante el matrimonio, importando poco que éstos pertenezcan al deudor o a su consorte. Basta con poner en evidencia que fueron adquiridos durante el matrimonio⁴⁴.

Esta construcción no descarta la idea de la colusión entre los esposos. Sin embargo, esa posible actuación colusoria no lleva a una presunción de propiedad, sino a una ficción jurídica en la que sobrevive la vieja idea de que la mujer (luego el cónyuge) debe compartir, obedeciendo las leyes morales, el triste destino de su

⁴¹ Véase KOHLER, *Leitfaden...*, cit., pág. 119.

⁴² Véase JAEGER, *Kommentar...*, cit., pág. 803.

⁴³ Véanse KOHLER, *Leitfaden...*, cit., pág. 119, y JAEGER, *Kommentar...*, I, cit., pág. 804.

⁴⁴ MENTZEL-KUHN, *Kommentar...*, cit., págs. 320–321.

marido⁴⁵. Ahora bien, como este planteamiento llevaría a incluir en la masa de la quiebra todos los bienes adquiridos por el cónyuge no deudor, la doctrina recurre a la idea del enriquecimiento injusto de éste en perjuicio del quebrado⁴⁶.

Esta construcción del enriquecimiento injusto sufre un giro copernicano, pasando la doctrina a sostener que el art. 45 KO tiene un contenido poco feliz, que posibilita una adquisición injusta, pues no sanciona ningún negocio escandaloso, ni actuaciones discriminatorias de los esposos, ni de mala voluntad⁴⁷.

La regla del art. 45 KO se aplica cualquiera que sea el régimen económico matrimonial concreto que hayan adoptado los esposos. Aun cuando la ley no lo especifica, se justifica la extensión por tener la misma finalidad de protección de los acreedores que la presunción de pertenencia al deudor del art. 1362 BGB.

La norma afecta a toda clase de bienes, créditos y derechos. No obstante, quedan excluidos los bienes y derechos personalísimos, los instrumentos del trabajo y, naturalmente, los bienes inembargables.

En lo que a la cuestión de la adquisición con fondos del quebrado se refiere, la doctrina se ha manifestado en favor de que no es necesaria la utilización de la propiedad de quebrado, bastando con el empleo de los valores correspondientes; afirmándose también que si la adquisición ha sido realizada con bienes pertenecientes a la parte embargable del patrimonio del quebrado, se considera realizada con medios de éste⁴⁸.

Las adquisiciones realizadas con medios donados o regalados por el quebrado, o con los medios obtenidos con la enajenación de los mismos, no se ven afectadas por

⁴⁵ Véase supra capítulo IV, apdo. A) II, 4, especialmente nota 96.

⁴⁶ Así, JAEGER, *Kommentar...*, I, cit., pág. 810.

⁴⁷ MENTZEL-KUHN, *Kommentar...*, cit., pág. 320.

⁴⁸ MENTZEL-KUHN, *Kommentar...*, cit., pág. 321.

la presunción muciana⁴⁹. Igualmente escapan al art. 45 KO las adquisiciones efectuadas con medios entregados por el quebrado a su consorte en concepto de satisfacción de una pretensión de la que era deudor⁵⁰.

El art. 45 KO afecta no sólo al cónyuge actual del quebrado, sino también a aquel con el que contrajo un matrimonio anterior, así como a los herederos universales del cónyuge del quebrado. El fundamento de la extensión de las personas afectadas por la presunción está en que la adquisición se ha realizado durante la vigencia del matrimonio y en que los herederos se subrogan en la posición de su causante⁵¹.

Si tras la apertura del procedimiento el cónyuge adquirente enajena los bienes adquiridos, la adquisición del tercero de buena fe es inatacable⁵². Si, por el contrario, ha habido colusión con el cónyuge no deudor, el tercero deberá restituir a la masa los bienes adquiridos, siendo aplicable el art. 15 KO: una vez iniciado el procedimiento, los derechos sobre los objetos pertenecientes a la masa no pueden ser adquiridos con eficacia obligatoria –frente al quebrado– aunque la adquisición no proceda de un acto del quebrado⁵³.

El cónyuge afectado (o sus herederos) podrá enervar la presunción probando que la adquisición no se realizó durante el matrimonio, quedando entonces protegido por la presunción del art. 1363–II BGB⁵⁴, o bien que en la adquisición, aun habiéndose realizado durante el matrimonio, no se han utilizado medios del quebrado.

⁴⁹ Véase JAEGER, *Kommentar...*, I, cit., pág. 809. En contra, KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, 1891, págs. 184–185, si bien posteriormente [*Leitfaden...*, cit., pág. 119] procedió a distinguir los supuestos de donación del dinero para proceder a la adquisición de los de donación sin una subsiguiente adquisición, excluyendo la aplicación del art. 45 KO en este segundo caso.

⁵⁰ MENTZEL–KUHN, *Kommentar...*, cit., pág. 321.

⁵¹ JAEGER, *Kommentar...*, I, cit., pág. 805.

⁵² Véase JAEGER, *Kommentar...*, I, cit., pág. 811.

⁵³ MENTZEL–KUHN, *Kommentar...*, cit., pág. 322.

⁵⁴ "Las cosas de uso exclusivo de un cónyuge se presumen de su propiedad. Esta presunción rige en las relaciones de los cónyuges entre sí y en las de éstos con los acreedores".

La última cuestión que plantea el art. 45 KO es la del tiempo en el que debe haber sido realizada la adquisición.

Según el tenor literal del art. 45 KO las adquisiciones deben haberse realizado en un periodo sin más límite temporal que el correspondiente a la celebración del matrimonio, es decir, durante toda la vigencia del matrimonio.

Esta indefinición temporal del art. 45 KO provocó la declaración de inconstitucionalidad de la presunción muciana⁵⁵. El Tribunal Constitucional alemán, por sentencia de 24 de julio de 1968⁵⁶, declaró la inconstitucionalidad del art. 45 KO. La decisión se fundamenta en esa ausencia de un límite temporal en la norma, lo que implicaba la funcionalidad de la misma con respecto a todas las adquisiciones realizadas durante el matrimonio, provocándose así una responsabilidad del cónyuge no deudor. Si el matrimonio había durado muchos años, frecuentemente sería poco menos que imposible demostrar con qué medios se ha efectuado cada adquisición concreta. De estas consideraciones se extrae la consecuencia de que el art. 45 KO conducía a una "discriminación normativa contra el matrimonio", incompatible con el art. 6 de la Ley Fundamental, según el cual el matrimonio y la familia están bajo la protección particular del orden estatal.

Entre las demás argumentaciones concretas del Tribunal Constitucional cabe mencionar las relativas a que la norma no era aplicable a las personas unidas por una convivencia *more uxorio*, que entraña los mismos peligros que la convivencia matrimonial; que la norma no se fundaba en una acción conjunta de los esposos, sino en la mera existencia del matrimonio, aplicándose incluso, como hemos visto, aun cuando los cónyuges estuviesen separados.

⁵⁵ A partir de la entrada en vigor de la ley de equiparación numerosos autores empezaron a poner de manifiesto la posible inconstitucionalidad del art. 45 KO. Así, entre otros, BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, *Konkursordnung*, München-Berlin, 1964, pág. 164; BOSCH, "Bemerkungen zum 'Gleichberechtigungsgesetz'", en *FamRZ*, 1957, págs. 194 y ss.; BROX, "Die Folgen der Nichtigkeit des Art. 45 KO", en *FamRZ*, 1968, págs. 406 y ss.; JAEGER-LENT, *Kommentar...I*, cit., pág. 659.

⁵⁶ *FamRZ*, 1968, págs. 437-439.

Actualmente, declarada la inconstitucionalidad del art. 45 KO, el cónyuge del quebrado puede ejercer libremente el derecho de separación de sus bienes que puedan estar en manos del deudor. No obstante, regirá la presunción de pertenencia al deudor del art. 1362 BGB. Por lo demás, si bien el cónyuge no deudor puede reivindicar los bienes que haya adquirido, aunque se haya probado que lo han sido con bienes del quebrado⁵⁷, lo cierto es que los trasvases patrimoniales entre los esposos se verán sometidos a las acciones de impugnación de los arts. 29 y ss. KO.

5.- El procedimiento separado sobre el patrimonio común de la comunidad universal de bienes

La ley de equiparación jurídica no sólo tuvo una incidencia indirecta sobre la ley concursal, sino también directa. Buena prueba de ello es el nuevo párrafo 2º del art. 2 KO, que establece la posibilidad, y remite al correspondiente procedimiento, de declarar en quiebra el patrimonio común existente en el régimen de comunidad universal de bienes. Por lo que a este nuevo procedimiento se refiere, dada su escasa incidencia al ser el régimen legal el de participación en las ganancias, nos limitaremos a exponer sus líneas generales⁵⁸.

El procedimiento está regulado en los arts. 236a a 236c, a los que remite el art. 2-II KO.

Si los cónyuges viven en régimen de comunidad universal y administran conjuntamente el patrimonio común, y son insolventes, se puede abrir un procedimiento concursal independiente sobre los bienes comunes.

La demanda de apertura de este procedimiento separado puede ser presentada por determinados acreedores de la masa⁵⁹ o por cualquier acreedor del quebrado, así

⁵⁷ Véase ROESKAU, "Allemagne", cit., pág. 244.

⁵⁸ Sobre este tema véase KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung...*, cit., págs. 1946-1949.

⁵⁹ El art. 236a KO limita el tipo de acreedores de la masa que pueden instar la demanda de este procedimiento a los enumerados en el n° 3º del párrafo 1º del art. 59 KO, es decir, a los trabajadores, según determinadas relaciones laborales, que sean

como por cualquiera de los esposos. Pero en este caso, si la demanda no es conjunta, deberá procederse a la verificación previa de la verosimilitud de la insolvencia.

La actuación conjunta de los esposos es requisito indispensable para la celebración de un convenio forzoso en el seno del procedimiento; convenio en el que quedará delimitado el ámbito de responsabilidad de los cónyuges.

Por último, si el procedimiento de quiebra se abre no sólo sobre los bienes comunes, sino también sobre el patrimonio de uno de los esposos, los acreedores del procedimiento que afecta a cualquiera de los cónyuges pueden obtener en el mismo el pago de los créditos que no les han sido satisfechos en el procedimiento relativo a los bienes comunes.

acreedores por los atrasos en los salarios de los seis últimos meses desde la apertura del procedimiento o desde el fallecimiento del quebrado.

CAPITULO SEXTO

ORDENAMIENTO ITALIANO

A) Los Códigos de comercio de 1865 y 1882	387
I. Introducción	387
II. La quiebra	388
1. Declaración y efectos: Aproximación	388
2. El desapoderamiento del quebrado	389
3. La reintegración de la masa	391
3.1. Actos nulos <i>ex lege</i>	393
3.2. La revocación de los actos fraudulentos	396
4. Los derechos de la mujer del quebrado	401
4.1. Ideas generales	401
4.2. La mujer como acreedora	403
4.2.1. Créditos derivados del matrimonio	403
4.2.2. Créditos ajenos al matrimonio	405
4.3. La mujer como propietaria	406
B) La Legge fallimentare de 1942	415
I. Introducción	415
II. Los procedimientos concursales	417
1. Declaración y efectos: Aproximación	417
2. El desapoderamiento del deudor	418
3. La reintegración de la masa	420
3.1. La revocación <i>ex lege</i>	422
3.2. La revocatoria concursal	425
3.2.1. Negocios jurídicos anormales	426
3.2.2. Negocios jurídicos normales	428
3.3. Efectos de la revocación	430
4. Derechos del cónyuge del deudor	431
4.1. Ideas generales	431
4.2. Negocios a título oneroso, pagos y garantías	432
4.3. La presunción muciana	434

A) LOS CODIGOS DE COMERCIO DE 1865 Y 1882

I.- INTRODUCCION

Se puede decir que la legislación concursal italiana decimonónica es el resultado de un viaje de ida y vuelta. Las reglas formuladas por la estatutaria italiana sobre la insolvencia de comerciantes rápidamente salen del marco geográfico en que nacieron y, con la expansión del comercio italiano, se difunden por Europa¹, especialmente por Francia, donde alcanzaron una notable influencia, llegando a inspirar la regulación de la quiebra contenida en el Código de comercio napoleónico.

En Italia la estatutaria cedió paso a las leyes de los Estados que se van configurando a lo largo de la Edad Moderna. Pero con la llegada de la dominación napoleónica se introduce el Código de 1807. Tras la caída del Imperio francés vuelven las antiguas leyes, aunque en algunos Estados se dictan nuevos textos legales profundamente influidos por la codificación gala e incluso en otros -Liguria- se mantuvo el Código francés.

En este contexto se promulga el *Codice di commercio Albertino* en 1842, de notoria influencia francesa y que incorpora las modificaciones de la ley francesa de 28 de mayo de 1838.

Concluida la unificación de Italia, se promulga, en 1865, el *Codice di commercio del Regno d'Italia*, caracterizado por sus pocas innovaciones respecto al Albertino. La insuficiencia del nuevo Código se puso rápidamente de manifiesto, y en 1869 se iniciaron las tareas de reforma, que culminaron con la promulgación del

¹ KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, 1891, pág. 15, cuyas palabras recoge ROCCO, *Il fallimento: Teoria generale e origine storica*, Milano, 1962, pág. 200, y VIVANTE, "El fallimento civile", Apéndice al vol. I de su *Trattato di diritto commerciale. I commercianti*, 5ª ed., Milano, 1934, págs. 323 y ss., pág. 327.

Código de 1882, cuya insuficiencia y necesaria reforma también se pusieron de manifiesto rápidamente, nombrándose una Comisión de reforma en 1894.

El hecho de que el Código de 1882 dedique un Libro entero a la quiebra es intrascendente como tal hecho formal. Lo verdaderamente importante es que el Código del 82 viene a poner remedio a los defectos constatados en el del 65: el amplio margen de maniobra para el fraude que quedaba a unos acreedores en perjuicio de otros, los abusos en la elección de los síndicos, la connivencia de éstos con los acreedores, la lentitud del procedimiento, los elevadísimos costes del proceso, la facilidad que tenía el quebrado para llegar a convenios irrisorios, la impunidad de los comerciantes culpables y el medio de especulación que llegaba a representar la quiebra para el quebrado. Las mejoras introducidas por el Código del 82 no suponen una discontinuidad de planteamientos entre éste y el del 65, lo que, a nuestro juicio, justifica el análisis conjunto de la normativa de ambos cuerpos legales.

II.- LA QUIEBRA

I.- Declaración y efectos: Aproximación

La naturaleza constitutiva de la sentencia que declara la quiebra está expresamente reconocida en los arts. 453, párr. 1º y 546 C. com. 1865 y 683 y 684 C. com. 1882: el comerciante que cesa en sus pagos está en estado de quiebra, el cual es declarado por sentencia. Extremo sobre el que la doctrina se manifiesta unánime al afirmar que la cesación de pagos no es más que un estado de hecho².

La apertura del procedimiento da paso a los efectos consustanciales al mismo. Además de quedar sometido a la posible persecución penal (arts. 694 C. com. 1882 y 19 ley de 1930)³, al quebrado se le imponen restricciones en el ejercicio de algunos derechos subjetivos, públicos y privados. Las limitaciones de Derecho público son

² BONELLI, *Del fallimento*, I, Milano, 1923, págs. 106 y 112; BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, pág. 156; NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare secondo la nuova legislazione*, I, Bologna, 1939, pág. 131; VIDARI, *Corso di Diritto commerciale*, VIII, Milano, 1886, págs. 128 y 157.

³ El art. 549C. com. 1865 no imponía la obligación de proceder a la instrucción de la causa.

tales que, además del descrédito normal, dan lugar a un estado casi de indignidad civil y política⁴. Sin embargo, mientras que el Código de 1865 (art. 551) prohibía el ejercicio del comercio por el quebrado no rehabilitado, el Código del 82 no imponía tal restricción, salvo que hubiera sido condenado por quiebra fraudulenta (art. 861, párr. 5º)⁵. La esfera de libertad personal del quebrado se ve limitada por la prohibición de alejarse de su domicilio sin permiso del juez (art. 698 C. com. 1882). El quebrado es desposeído de la administración y disposición de sus bienes (arts. 551, párr. 1º C. com. 1865 y 699, párr. 1º C. com. 1882), pasando éstas a los síndicos (arts. 552, párr. 1º C. co, 1865 y 699, párr. 2º C. com. 1882). Se suspenden las acciones individuales de ejecución, y los acreedores se agrupan en la masa pasiva (arts. 552, párr. 1º C. com. 1865 y 699, párr. 3º C. com. 1882)⁶; se interrumpe el curso de los intereses de los créditos no garantizados por un privilegio especial, una prenda o una hipoteca (arts. 554 C. com. 1865 y 700 C. com. 1882); las deudas no vencidas devienen exigibles (arts. 553, párr. 1º C. com. 1865 y 701 C. com. 1882). Por último, la declaración de quiebra tiene una especial incidencia en los derechos de la mujer del quebrado, quedando éstos sometidos a ciertas restricciones (arts. 671–678 C. com. 1865 y 780–787 C. com. 1882).

2.– El desapoderamiento del quebrado

Desde el día en que se dicta la sentencia que declara la quiebra el quebrado queda privado de la administración de sus bienes presentes y futuros, pasando la administración a manos del síndico (arts. 551, párr. 1º C. com. 1865 y 699, párr. 1º y 2º C. com. 1882). Este efecto, entendido, mayoritariamente, como un derecho de

⁴ Entre las restricciones de Derecho público se pueden señalar el que no puede ser elector, ni ser elegible (ley de 2 de septiembre de 1928); no puede ser admitido a cargos públicos (ley de 3 de marzo de 1934); no puede ser diplomático de carrera (ley de 2 de junio de 1927); no puede entrar en Bolsa (arts. 697 C. com. 1882 y 9 ley de 20 de marzo de 1913 sobre las Bolsas), etc. Entre las de Derecho privado hay que destacar la del art. 269–4º C.C., que excluye al quebrado de las funciones de tutor, protutor, curador o miembro del consejo de familia.

⁵ Véase VIDARI, *Il nuovo Codice di Commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso*, Milano, 1884, págs. 613 y 745–746.

⁶ Véase BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., págs. 590–592.

prenda⁷, es automático. Dada la letra de los textos legales, "tales efectos se producen a partir de la fecha de la sentencia", aun admitida la solución de que, en defecto de hora fijada, se entiende que el desapoderamiento comienza a mediodía del día en que se dicta la sentencia, la doctrina se ha inclinado por entender que, cuando falte la indicación de la hora, y hubiese necesidad de precisarla, el interesado puede probar que el hecho de que se trate ocurrió en un momento anterior o posterior a aquél en que se dictó la sentencia⁸.

El desapoderamiento afecta a todos los bienes presentes y futuros del quebrado (art. 1948 C.C.), exclusión hecha de los bienes inembargables (arts. 564 y 582 C. com. 1865, 699, párr. 1º, 735 y 752 C. com. 1882 y 583 Cod. proc. civ.)⁹.

El desapoderamiento produce efectos directamente frente a los terceros. Los actos de administración y disposición realizados por el quebrado después de la declaración de quiebra son nulos frente a la masa (arts. 555 C. com. 1865 y 707, párr. 1º C. com. 1882). No obstante la "nulidad" prevista por los textos legales, la doctrina se inclina por calificarla de "relativa" en cuanto que sólo opera en beneficio de la masa y sólo respecto a los bienes sujetos al desapoderamiento¹⁰.

La no asimilación del desapoderamiento con una incapacidad o una interdicción se pone de manifiesto con el hecho de que el quebrado conserva el ejercicio de los derechos que tienen un contenido estrictamente personal, como lo son aquellos en que el elemento moral lo es todo o predomina sobre el patrimonial, y aquellos cuya realización depende de su exclusiva voluntad¹¹. Además, la declaración de quiebra no

⁷ Véase, por todos, NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., págs. 216-217.

Las construcciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica del desapoderamiento son de lo más variadas y dispares, una buena exposición de las mismas puede verse en BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., págs. 417-481.

⁸ Véase, por todos, BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., pág. 383.

⁹ Véase BRUNETTI, *ob. cit.*, págs. 261-263.

¹⁰ Véase, por todos, VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., pág. 266.

¹¹ VIVANTE, *Instituciones de derecho comercial*, trd. por MAZZI, Madrid, 1928, pág. 453.

influye en la esfera económico matrimonial del quebrado, no es causa legal de disolución del régimen matrimonial, y, por tanto, el marido quebrado conserva el ejercicio de la potestad marital y de la patria potestad y de las acciones para pedir la separación conyugal. No obstante, la doctrina se manifiesta a favor de que la declaración de quiebra sea causa para pedir la separación de la dote y causa de disolución del régimen de gananciales¹², poniendo de manifiesto que, a pesar de todo, la quiebra del marido repercute en las relaciones económicas de los esposos. De una parte, si existe dote de cantidad, en contra del art. 1418 C.C., que establece un plazo de un año para la separación de la dote¹³, la mujer puede pedir inmediatamente su crédito¹⁴; si la dote es en especie, aun cuando el marido no pierde la administración de la misma, dicha administración queda paralizada en tanto que no puede percibir los frutos ni liberar los capitales mientras dure el procedimiento de quiebra (art. 780 C. com. 1882). De otra, según la jurisprudencia, aunque no se haya dictado y ejecutado la sentencia de separación de bienes, existe una separación de hecho que tiene por finalidad el facilitar a la mujer durante el procedimiento concursal el manejo del dinero imprescindible para cubrir los gastos originados por el mantenimiento de la familia¹⁵.

3.- La reintegración de la masa

El Código del 82 adopta el sistema de retroacción relativa, en virtud del cual los Tribunales fijan la fecha de la cesación de pagos (art. 704), y los actos realizados por el quebrado entre esa fecha y la de declaración de la quiebra se consideran ejecutados dentro del llamado periodo sospechoso. De esos actos se anulan ipso iure los a título gratuito y los pagos por deudas no vencidas (art. 707, párr. 2º) y el resto puede ser anulado si concurre el dato subjetivo del conocimiento por el tercero de la cesación de pagos (art. 709).

¹² Véase supra capítulo III, apdo. A) V, 1.8.2.1 y 2.7.

¹³ Véase supra capítulo III, apdo. A) V, 1.9.3.

¹⁴ BONELLI, *Del fallimento, II*, Milano, 1923, pág. 388.

¹⁵ BONELLI, *Del fallimento, II*, cit., pág. 388, texto y notas 5 y 6.

Al adoptar el sistema relativo, el codificador del 82 introdujo una importante diferencia con respecto al sistema acogido en el Código del 65, cuyos arts. 555 y 556 declaraban nulos respecto a la masa los actos enumerados (a título gratuito, pagos indebidos, garantías e inscripciones hipotecarias tardías) cuando se hubieren realizado en el periodo sospechoso o en los días previos, así como anulables cualesquiera otros actos o pagos posteriores a la cesación de pagos, si el tercero conocía dicha cesación¹⁶.

La inseguridad que generaba la indeterminación legal del periodo máximo de retroacción en el Código del 65 fue resuelta con la fijación de un plazo máximo de 3 años por el art. 704, párr. 3º C. com. 1882; plazo que fue reducido a dos años por el art. 9, párr. 1º de la ley de 10 de julio de 1930¹⁷.

Junto a la nulidad del art. 707 y la anulabilidad del art. 709, el codificador del 82 introduce un nuevo precepto, respecto al Código del 65, el art. 708, por el que cualquier acto, pago o enajenación en fraude de acreedores concluidos por el deudor, fuera cual fuese el momento de realización, debe ser anulado según las normas del art. 1235 C.C., es decir, según las normas de la acción pauliana. De esta manera el legislador del 82 abandona la contraposición, recogida del Código napoleónico, entre nulidades de derecho y nulidades facultativas¹⁸, esto es, aquellas que, como ya hemos visto¹⁹, se diferencian en que en las primeras el juez no tiene más que verificar que el acto era uno de los enumerados por la ley y que se realizó durante el periodo sospechoso, mientras que en las segundas debe constatar que el tercero contratante

¹⁶ Véase VIDARI, *Il nuovo codice...*, cit., págs. 619-620.

¹⁷ La ley de 10 de julio de 1930, de "Disposiciones sobre la quiebra, el convenio preventivo y sobre el procedimiento en las pequeñas quiebras", vino a modificar la ley de 24 de mayo de 1903 sobre el convenio preventivo y el procedimiento en las pequeñas quiebras. Si bien la ley de 1930 iba exclusivamente encaminada a subsanar los inconvenientes de la legislación vigente, mediante la revigorización de los órganos de la quiebra y la aceleración del procedimiento, en su art. 9 introdujo dos normas de derecho sustantivo: la reducción del periodo de retroacción a dos años y la no anulabilidad de las hipotecas constituidas en garantía de un crédito al tiempo del nacimiento del mismo, véase NAVARRINI, *Le nuove disposizioni in materia fallimentare coi lavori preparatori e colla dottrina*, Roma, 1933, págs. 1-2 y 15-30.

¹⁸ Véase BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., pág. 693, texto y nota 1.

¹⁹ Véase supra capítulo IV, apdo. A) II, 3.

conocía la cesación de pagos y que el negocio se realizó en el periodo sospechoso, si bien en este caso queda a la libre apreciación del juez el pronunciar o no la nulidad del negocio; al tiempo que resuelve las posibles controversias doctrinales, al declarar expresamente aplicable la revocatoria ordinaria en el seno de la quiebra²⁰

3.1.- Actos nulos *ex lege*

El art. 707, párr. 1º C. com. 1882 declara nulos de pleno derecho los actos de administración y disposición realizados por el quebrado después de la declaración de quiebra, nulidad que, como ya hemos visto, trae su causa del desapoderamiento.

El párr. 2º del citado art. 707 también declara nulos respecto a la masa los actos a título gratuito y los pagos de deudas no vencidas posteriores a la fecha de la cesación de pagos.

La diferencia de la nulidad con que se sancionan los actos del primer párrafo y los del segundo radica en que la primera lo es, como hemos indicado, de "pleno derecho", es decir, el acto nace nulo, mientras que la segunda debe ser expresamente declarada por el juez; no es una nulidad intrínseca como la primera, sino extrínseca, provocada por la acción del síndico²¹, nulidad, pues, "relativa", entendida por la mayoría de la doctrina como revocabilidad²².

Los actos contemplados en el párr. 2º del art. 707 C. com. 1882 son los que

²⁰ Véanse VIDARI, *Il nuovo codice...*, cit., pág. 620 y BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., págs. 748-750.

²¹ La colocación sistemática de ambas "nulidades" en un mismo precepto es criticada por BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., pág. 706, quien, no obstante, se congratula de no tener que hacerle al legislador críticas más graves que las de mera sistemática. Si bien más adelante (pág. 715) quiere darle, en alguna medida, la razón al legislador remarcando la, a su juicio, correcta contraposición entre nulidad (art. 707) y revocabilidad (art. 709), acentuada por la separación de los actos sometidos a la revocatoria ordinaria (art. 708) y los sometidos a la revocatoria concursal (art. 709).

²² Véase, por todos, VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., pág. 271. En contra BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., págs. 718, 721 y 738, y ROCCO, voce *Fallimento*, en *Diz. di dir. priv.*, nº 33, citado por NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., pág. 330.

la doctrina califica de "más graves y dañosos" de entre los que puede realizar el comerciante durante el periodo sospechoso, lo que justifica que la ley hable sin condición o límite de nulidad respecto a la masa²³.

La revocabilidad de los actos del art. 707, párr. 2º queda únicamente supeditada a la prueba por el síndico de que fueron realizados durante el periodo sospechoso, sin que sean necesarias, por tanto, la prueba del fraude ni la del daño. A ello se añade que la buena fe del tercero contratante con el quebrado no le exime de la obligación de restituir lo percibido, si bien la restitución de las sumas cobradas hace renacer su crédito frente al quebrado, aunque no frente a la masa²⁴.

Los negocios afectados por la revocabilidad son, en primer lugar, los actos y enajenaciones a título gratuito, esto es, actos, traslativos de la propiedad, constitutivos de un derecho real o de obligación en los que no ha habido contraprestación. Entran concretamente en este concepto: las donaciones en general, sea cual sea su modalidad, la constitución de dote y la prestación de garantía por deudas ajenas sin contraprestación.

La conexión del derecho patrimonial de la familia con las normas concursales se manifiesta, una vez más, en el supuesto de constitución de dote.

La mayoría de la doctrina sostiene que la constitución de dote es un acto a título gratuito y que como tal debe quedar sometido a la revocabilidad del art. 707, párr. 2º C. com.²⁵, sin que quepa alegar la pretendida obligación del padre o hermano de dotar a la hija o hermana²⁶.

No existiendo discusión sobre el carácter gratuito de la constitución de dote, el debate doctrinal se centra en las palabras de la Exposición de Motivos del Código

²³ NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., pág. 329.

²⁴ Véase BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., págs. 786-787.

²⁵ Véase VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., pág. 275.

²⁶ Véase supra capítulo III, apdo. A) V, 1.1.

de 1882, que plantean el interrogante de si sería conveniente declarar la nulidad de la constitución de dote, efectuada por un comerciante en beneficio de su hija cuando desconocía su desastre económico, que todavía no era evidente²⁷. La doctrina sostiene con firmeza que cualquier constitución de dote que se efectúe en el periodo sospechoso es nula, pues no cabe argüir que el quebrado no conociera su propia situación ruinosa²⁸, a lo que se añade el que cualquier consideración ajena a los derechos de los acreedores debe ceder ante los mismos. Esto lleva a dar un paso más y a cuestionarse si al interés de los acreedores puede oponérsele el interés social de la intangibilidad de la dote²⁹. La respuesta doctrinal es rotunda: el interés de la familia no puede poner en peligro el de los acreedores, ni ser tutelado a costa del mismo³⁰. Poco importa quién sea el constituyente de la dote, padre, marido, tercero..., si aquél quiebra, y la dote se constituyó en el periodo sospechoso, debe ser revocada.

En segundo lugar la revocabilidad afecta a los pagos de deudas no vencidas. Los supuestos concretos que, en este caso, se plantea la doctrina son numerosos³¹, sin embargo nos ceñiremos únicamente a dos de ellos.

El art. 707 C. com. no limita el supuesto a los pagos hechos con dinero, sino que hace referencia a la extinción de una obligación por cualquier medio. Ello planteó la duda de si, habiéndose convenido la anticipación del vencimiento y produciéndose dicho vencimiento "adelantado" en el periodo sospechoso, se podría hablar de pago anticipado. La respuesta fue negativa, no se trata de un pago anticipado; tema distinto era que la anticipación del vencimiento se pactase durante el periodo sospechoso³². El segundo supuesto es el de pagos que el quebrado ha de efectuar en virtud de sentencia,

²⁷ Véase VIDARI, *Il nuovo codice...*, cit., pág. 619.

²⁸ Así, VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., pág. 276.

²⁹ Véase supra capítulo III, apdo. A) V, 1.6. Parcialmente en contra, VIVANTE, *Trattato...*, I, cit., pág. 212.

³⁰ BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., pág. 733.

³¹ Véanse BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., págs. 738-747; NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., págs. 332-335 o VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., págs. 280-285.

³² Véase VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., pág. 279.

y más concretamente los que ha de realizar en un plazo determinado. Si el condenado al pago efectúa éste dentro del plazo marcado, y se declara la quiebra antes de que concluya dicho plazo, el pago se considera indebido pues tenía el término a su favor y no estaba obligado a pagar inmediatamente³³. Cosa distinta sería que el deudor hubiese sido declarado judicialmente privado del beneficio del plazo (art. 1186 C.C.), caso en el que el pago hecho durante el periodo sospechoso no se vería afectado por la revocación³⁴.

3.2.- La revocación de los actos fraudulentos

El art. 709 C. com. 1882 reproduce parcialmente los arts. 555 y 556 C. com. 1865, aunque, como ya hemos señalado, con importantes diferencias. El art. 709 declara revocables una serie de actos realizados por el quebrado durante el periodo sospechoso, si bien distingue tres grupos o categorías. De un lado, actos que se presumen en fraude, salvo prueba en contrario, realizados durante el periodo sospechoso, y respecto a los cuales el síndico ha de probar el conocimiento de la cesación de pagos por el tercero contratante (art. 709, nº 1). De otro, actos que se presumen en fraude de acreedores y que son revocables por el mero hecho de haber sido realizados durante el susodicho periodo, y respecto a los cuales no corresponde al síndico la carga de la prueba (art. 709, ns. 2, 3, 4). Y por último, actos que se presumen fraudulentos por el solo hecho de haber sido ejecutados en los 10 días previos al periodo sospechoso; actos sobre los que pesa una presunción iuris et de iure del conocimiento de la cesación de pagos por el tercero contratante (art. 709, últ. párr.).

Revocado uno de los negocios, enumerados taxativamente por la ley³⁵, el tercero debe proceder a la restitución o reintegración de lo recibido, con los frutos o intereses percibidos desde el día en que recibió la prestación. Pero, aunque la masa debe ser reintegrada, no puede enriquecerse en perjuicio o a costa del tercero afectado

³³ BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., pág. 740.

³⁴ BRUNETTI, *ob. cit.*, pág. 416.

³⁵ VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., pág. 273.

por la revocación³⁶.

En la categoría de los actos que se presumen fraudulentos, salvo prueba en contrario, entran los pagos de deudas vencidas y los actos y enajenaciones a título oneroso.

El fundamento o clave de la revocabilidad de estos pagos de deudas vencidas "está en que el comerciante que ha cesado en los pagos debe abstenerse de pagar, y debe también impedir que un acreedor pueda obtener el pago mediante una ejecución forzosa. Desde este punto de vista, no hay diferencia entre el deudor que paga espontáneamente y el que permite a su acreedor que llegue al cobro mediante una ejecución forzosa. El estado subjetivo de fraude existe en ambos casos, pues si bien es verdad que el deudor no podría oponer excepciones de fondo a una ejecución, en sí misma justa y legal, no lo es menos que está legalmente obligado a denunciar su propio estado de crisis para provocar la apertura de la quiebra³⁷. Esto justifica la impugnación de los pagos obtenidos por vía de adjudicación judicial, o como consecuencia de una venta forzosa"³⁸.

Sobre la base de que la ley no distingue tipos de pagos, la doctrina y la jurisprudencia consideran que la norma afecta a los pagos de deudas pecuniarias y no pecuniarias, civiles o mercantiles, contractuales o extracontractuales, siempre que dichos pagos hayan sido realizados en relación con el propio patrimonio y no en concepto de mandatario y con fondos del mandante *in bonis*³⁹.

La impugnabilidad de los pagos de deudas vencidas tiene como excepción los pagos de letras de cambio, a los que la doctrina, aun cuando no están mencionados en

³⁶ Véanse BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., págs. 780-781 y VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., pág. 273.

³⁷ Cfr. arts. 544, párr. 1º C. com. 1865 y 686, párr. 1º C. com. 1882.

³⁸ CANDIAN, *Il processo di fallimento. Programma di un corso*, Padova, 1924, pág. 288.

³⁹ BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., pág. 821.

la ley, añade los de cheques⁴⁰, contemplados en el art. 711 C. com. 1882, que reproduce el art. 557 C. com. 1865, que a su vez era la traducción del art. 449 red. 1838 del Código de comercio francés⁴¹, y según el cual, "cuando se hubieran pagado letras de cambio después de la cesación de pagos y antes de la sentencia declarativa de la quiebra, las acciones para la restitución de su importe sólo pueden promoverse contra el último obligado en vía de regreso que, en el momento en que la letra fue librada o endosada, tuviera conocimiento de la cesación de pagos".

En cuanto a qué sea lo sancionado por la norma, existe una pequeña controversia doctrinal. Se dice que con el art. 711 no se sanciona el pago del título valor, sino el hecho de haberlo puesto en circulación, es decir, se sanciona un hecho al que es ajeno el quebrado, lo que pone de manifiesto la diferencia existente entre la revocatoria ordinaria y la revocatoria concursal⁴². Frente a esta construcción se argumenta que lo que la ley sanciona es el pago realizado por el deudor, añadiendo que la revocación del pago de deudas vencidas excede el ámbito de la revocatoria ordinaria, y tiene su fundamento en los principios propios de la quiebra⁴³.

A juicio de la jurisprudencia, dados los supuestos, para la aplicación de la norma hacen falta dos condiciones: que haya un obligado de regreso y que el tenedor no haya conservado la acción de regreso contra él. Si no hay obligados en vía de regreso, si el tenedor ha podido conservar tal acción, o si simplemente ha caducado la acción de regreso, desaparece la razón de la norma especial, y el pago puede ser revocado según las normas generales⁴⁴.

La revocabilidad de los actos y enajenaciones a título oneroso, actos que pueden ser normales y con una contraprestación justa, se fundamenta en la

⁴⁰ Así, VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., pág. 293 y BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., pág. 829.

⁴¹ Véase supra capítulo IV, apdo. A) II, 3.2.

⁴² BRUNETTI, *ob. cit.*, pág. 421.

⁴³ NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., pág. 359.

⁴⁴ NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., pág. 359.

disminución del patrimonio del quebrado y en el daño que ésta acarrea a la masa; daño que radica en que el solo hecho de cambiar, mientras se encuentra en estado de cesación, un valor por otro, o una cosa por su precio, basta para originar el fraude⁴⁵.

En la segunda categoría, es decir, actos respecto a los cuales se presumen el fraude y el conocimiento de la cesación de pagos por el tercero contratante, entran todos los actos y contratos conmutativos con prestaciones desequilibradas, los pagos de deudas vencidas efectuados con medios distintos del dinero o efectos de comercio y las constituciones de garantías.

Por lo que a los contratos conmutativos se refiere, la doctrina ha criticado el calificativo de conmutativos, alegando que si el legislador quería distinguir estos contratos de los a título oneroso del n° 1 del art. 709, debería haberlo hecho de otra forma, y no calificando de conmutativos los negocios aleatorios a que se refiere el n° 2 del mismo precepto⁴⁶.

Al establecer el legislador del 82 que "el valor dado, o la obligación asumida por el quebrado excedan **notablemente** de lo que le ha sido dado o prometido" dió paso a la controversia doctrinal. La posición minoritaria pone de relieve que el adverbio da lugar a una peligrosa libertad de apreciación por parte del juez⁴⁷. La posición mayoritaria, por su parte, defiende y ensalza la oportunidad del establecimiento de un amplio margen que facilite la apreciación discrecional del juez⁴⁸.

En cuanto a la desproporción de las prestaciones, la jurisprudencia⁴⁹ y la doctrina⁵⁰ sostienen que la misma debe apreciarse o establecerse en relación con el

⁴⁵ BONELLI, *Del fallimento*I, cit., pág. 810.

⁴⁶ VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., pág. 297.

⁴⁷ VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., págs. 297-298.

⁴⁸ BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., pág. 814; BRUNETTI, *ob. cit.*, pág. 425; NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., pág. 337.

⁴⁹ NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., pág. 337, nota 2.

⁵⁰ BRUNETTI, *ob. cit.*, pág. 425.

momento de celebración del contrato y no con el de su ejecución.

Los pagos de deudas vencidas efectuados con medios distintos del dinero o de efectos de comercio se asimilan objetivamente a los pagos a que se refiere el n° 1 del art. 709 C. com. Su mención particular por el legislador tiene su razón de ser en que tales pagos, dada la anormalidad del modo en que han sido efectuados, llevan implícita la presunción de que el acreedor, cuyo crédito ha sido satisfecho, conocía la cesación de pagos de su deudor⁵¹.

Con una disposición general, que no hace distinción alguna ni de cualidad ni de tiempo, el legislador establece en el n° 4 del art. 709 C. com. que las garantías dadas por el deudor que ha cesado en sus pagos a sus acreedores deben ser revocadas, siendo suficiente que el síndico pruebe que fueron constituidas durante el periodo sospechoso.

La norma es aplicable a las hipotecas convencionales, judiciales y legales y a los derechos de prenda y anticresis. No estando claro que la anterioridad de la deuda sea la sola causa que justifica la revocabilidad del derecho de garantía, se plantea un problema en el supuesto concreto de las hipotecas coetáneas al crédito que garantizan.

Al no hacer distinción alguna el texto legal, una rígida corriente jurisprudencial consideraba que no podía hacerse ninguna diferenciación y que todas las hipotecas, fueran anteriores, simultáneas o posteriores, eran revocables⁵².

Las soluciones injustas a las que podía dar lugar la aplicación absolutamente rígida de la norma fueron obviadas con la ley de 10 de julio de 1930, cuyo art. 9, párr. 2º vino a establecer que : "La presunción de fraude que afecta a los derechos de prenda e hipoteca constituidos sobre bienes del deudor, a los que se refiere el n° 4 del art. 709 C. com., no tiene lugar cuando la garantía se ha constituido simultáneamente al crédito. Por el contrario, rige la presunción siempre que la garantía no sea simultánea

⁵¹ BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., págs. 828-829.

⁵² NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, VI, Torino, 1926, pág. 173.

al crédito, incluso si se trata de hipoteca judicial". Así pues, la ley de 1930, clarificando el pensamiento y la voluntad del legislador –la presunción de fraude del art. 709, n° 4 C. com. sólo afecta a los derechos de garantía e hipoteca posteriores al crédito– cierra el paso, para el futuro, a las desastrosas consecuencias a las que llevaba la rígida interpretación del Tribunal Supremo⁵³.

En la tercera y última categoría entran todos los actos, cualquiera que sea su naturaleza, realizados por el deudor en fechas muy próximas al día en que se dicta la sentencia que declara la quiebra.

El último párrafo del art. 709 C. com. dispone que la presunción de fraude afecta a "los actos, pagos y enajenaciones por cualquier título, realizados en los **diez días** anteriores a la declaración de quiebra". La proximidad de fechas aumenta el rigor de la presunción de fraude⁵⁴, al tiempo que hace menos exigente al legislador al fijar las condiciones de la revocatoria, dispensando al síndico de probar el conocimiento de la cesación de pagos por el tercero⁵⁵.

La doctrina y la jurisprudencia se manifiestan unánimemente de acuerdo en cuanto a que la aplicación del último párrafo del art 709 C. com. tiene como condición *sine qua non* la determinación legal del periodo sospechoso. Si no hay periodo sospechoso, no rige la presunción⁵⁶.

4.– Derechos de la mujer del quebrado

4.1.– Ideas generales

El legislador italiano, tanto del 65 como del 82, contempló de forma pormenorizada la posición de la mujer del quebrado en el contexto de la quiebra. Si

⁵³ NAVARRINI, *Le nuove disposizioni in materia fallimentare...*, cit., págs. 24–25.

⁵⁴ BRUNETTI, *ob. cit.*, págs. 437–438.

⁵⁵ BRUNETTI, *ibidem*; NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., pág. 364.

⁵⁶ BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., pág. 817; BRUNETTI, *ob. cit.*, pág. 438; NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., pág. 365; VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., págs. 319–320; VIVANTE, *Instituciones de Derecho comercial*, cit., pág. 462.

bien ambos Códigos se refirieron a los derechos de la mujer en el marco de sus respectivos capítulos sobre "las diversas clases de acreedores", lo cierto es que aprovecharon para disciplinar no sólo los créditos de la mujer casada frente al marido quebrado, sino también la posición "general" de la mujer casada en la quiebra de su marido, y muy especialmente el destino de sus bienes, muebles e inmuebles, que por cualquier causa se encontraban en poder del marido.

Las normas dedicadas a "los derechos de la mujer del quebrado" se dividen en dos bloques, correspondientes, respectivamente, a los supuestos en que la mujer se presenta en la quiebra como acreedora (arts. 676-678 C. com. 1865 y 786-787 C. com. 1882) y como propietaria (arts. 671-675 C. com. 1865 y 780-785 C. com. 1882).

El codificador italiano desconfiaba de la sinceridad o veracidad de los derechos que la mujer podía hacer valer en la quiebra de su marido. La intimidad de la vida conyugal y la facilidad de las inteligencias entre los esposos para salvar, al menos en parte, el patrimonio familiar, le hicieron mirar con sospecha las causas en las que la mujer podía fundar sus derechos de propiedad o crédito. Por estas razones el legislador entrevió en la normalidad de los casos una simulación fraudulenta, en daño de los acreedores, en las relaciones económicas entre cónyuges, destinadas a proyectarse sobre la quiebra⁵⁷.

La normativa de ambos Códigos fue duramente criticada por la doctrina, poniendo de manifiesto dos cuestiones: la escasa eficacia práctica concreta de la desconfianza manifestada por el legislador, ya que se dejaba la puerta abierta a otras vías de confabulación (vg. de los padres con los hijos)⁵⁸, y la redundancia e inexactitud de las normas, consecuencia directa del traslado casi literal de los preceptos del Código napoleónico, ignorando la existencia de un sistema económico matrimonial, el italiano, totalmente distinto del francés⁵⁹. A estos dos frentes de crítica se añadía el

⁵⁷ Así, VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., pág. 532.

⁵⁸ NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., pág. 278.

⁵⁹ BONELLI, "I diritti della moglie nel fallimento del marito", en *Riv. dir. comm.*, 1924, I, págs. 493 y ss., *passim*, pero especialmente págs. 493 y 495; BRUNETTI, *ob. cit.*, pág. 329.

hecho de que la abolición de la licencia marital (Ley de 17 de julio de 1919) hizo que algunas de las disposiciones perdieran su interés⁶⁰.

4.2.- La mujer como acreedora

La mujer del comerciante quebrado puede insinuarse en la quiebra de su marido como cualquier otro acreedor, pero sometándose, para determinados créditos, a las restricciones indicadas en los arts. 676-678 C. com. 1865 y 786-787 C. com. 1882.

4.2.1.- Créditos derivados del matrimonio

Estos créditos pueden tener su origen en la existencia de una dote de cantidad⁶¹ y/o en los llamados *lucros dotales prometidos por el marido en las capitulaciones matrimoniales*.

Los créditos dotales deben ser admitidos en la quiebra y la mujer puede exigirlos, pidiendo su reconocimiento. Ahora bien, cuando han sido garantizados hipotecariamente, la hipoteca legal⁶² sufre una restricción. Según los arts. 677 y 678 C. com. 1865 y 786 C. com. 1882, si el marido era comerciante en el momento de la celebración del matrimonio o si, no teniendo entonces una profesión determinada, llegase a ser comerciante durante el año siguiente, la hipoteca legal en favor de la dote de la mujer no se extiende en ningún caso a los bienes adquiridos por el marido durante el matrimonio por cualquier título que no sea el de donación o herencia. Esta disposición, que parte del propósito de impedir que la mujer pueda aumentar durante el matrimonio su garantía, en perjuicio de los otros acreedores, así como de la idea de que el marido haya invertido su capital en bienes inmuebles para otorgar a su esposa una garantía mayor, es totalmente **inútil** en el caso normal de dote constituida antes

⁶⁰ Véase BONELLI, "Strascichi della soppressa autorizzazione maritale", en *Riv. dir. comm.*, 1921, I, págs. 63 y ss.

⁶¹ Véase supra capítulo III, apdo. A) V, 1.3.

⁶² Véase supra capítulo III, apdo. A) V, 1.8.1.

del matrimonio⁶³, pues el art. 1969 C.C. ya dispone que la hipoteca legal sólo alcanza a los bienes que el marido poseía al tiempo de constituirse la dote⁶⁴. No obstante, la norma podría ser útil cuando, según previene el art. 1391 C.C., durante el matrimonio, un tercero donase o dejase a la mujer una suma de dinero en concepto de dote. Sin embargo, dado que en este caso la hipoteca sería convencional, su otorgamiento escaparía igualmente a la norma, que sólo habla de hipoteca legal y que es ciertamente de carácter excepcional⁶⁵.

En cualquier caso, la restricción de la hipoteca legal, que no opera *ipso iure*, sino que debe ser judicialmente pronunciada⁶⁶, cuando se produce, únicamente surte efectos respecto a la masa, que puede proceder sobre los bienes adquiridos después de la celebración del matrimonio como si la hipoteca no existiese⁶⁷.

Los lucros dotales o ventajas matrimoniales pactados en las capitulaciones matrimoniales, créditos futuros, de modo que el beneficio corresponde en propiedad al cónyuge superviviente, cuando no existan descendientes del cónyuge premuerto, y, en el caso contrario, en simple usufructo, salvo que los esposos hayan convenido algo distinto, deben ser admitidos en la quiebra, ya que las deudas a plazo devienen inmediatamente exigibles por causa de ésta (arts. 553, párr. 1º C. com. 1865 y 701 C. com. 1882). Pero, por el hecho de que son "ventajas matrimoniales", la mujer no puede hacerlas valer en la quiebra, aunque, recíprocamente, los acreedores del quebrado tampoco pueden prevalerse de las ventajas que derivan para el marido de las

⁶³ Véase supra capítulo III, apdo. A) V, 1.4.3.

⁶⁴ BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., págs. 424-425 e "I diritti della moglie...", cit., pág. 501; BRUNETTI, *ob. cit.*, págs. 341-342; NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., pág. 278. En contra, poniendo de relieve la necesidad de la permanencia de la norma, así como la, a su juicio, gran bondad de la misma, de cara a poner freno a las maniobras engañosas urdidas por los cónyuges en perjuicio de los acreedores, VIDARI, *Il nuovo codice...*, cit., pág. 678 y *Corso di diritto...*, VIII, cit., pág. 550.

⁶⁵ BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., pág. 429.

⁶⁶ BRUNETTI, *ob. cit.*, pág. 342.

⁶⁷ Véanse BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., pág. 431 y NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., pág. 279.

capitulaciones matrimoniales⁶⁸.

4.2.2.- Créditos ajenos al matrimonio

Según los arts. 676 C. com. 1865 y 787 C. com. 1882, la mujer puede, además, ser acreedora en la quiebra de su marido por otras causas: en virtud de contratos onerosos celebrados con él; por deudas del marido pagadas por la mujer, y por el precio de sus bienes propios, enajenados por el marido. Ante el silencio de la ley, cualquier otro crédito quedaría fuera del ámbito de la presunción, equiparándose la mujer a cualquiera de los otros acreedores⁶⁹.

El legislador se refiere expresamente a los contratos a título oneroso, pero también alude a los préstamos hechos por la mujer al marido cuando dice que los créditos se presumen constituidos con dinero del marido: el crédito que se adquiere dando dinero no puede depender más que de un préstamo, ya que sólo con éste, y dando dinero, se adquiere un crédito⁷⁰.

Ahora bien, en tal caso, o si la mujer ha pagado por el marido sus deudas, rige la presunción de que el dinero es del marido. Y, por tanto, cuando se trata de un contrato de préstamo, se presume que éste es simulado en su totalidad, es decir, se presume simulado un contrato inexistente⁷¹, con lo que se introduce una norma, duramente criticada, de cuya gravedad no se ha percatado el legislador⁷². Cuando se trata de pagos de deudas del marido hechos por la mujer, la simulación no se conecta con el pago, sino con la persona que paga. De este modo, si la mujer no destruye la

⁶⁸ Véase, por todos, BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., págs. 436-437.

⁶⁹ Véase, por todos, BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., pág. 438.

⁷⁰ NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., págs. 280-281.

⁷¹ BONELLI, "I diritti della moglie...", cit., pág. 503. En contra, justificando la norma, VIDARI, *Il nuovo codice...*, cit., pág. 679.

⁷² BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., pág. 438.

presunción, no puede insinuar su crédito en la quiebra del marido⁷³.

Por lo que a los créditos nacidos de la enajenación hecha por el marido de bienes de su mujer se refiere, norma introducida por el párr. 2º del art. 787 C. com. 1882, y que no existía en el Código del 65, si el marido hubiese enajenado normalmente los bienes de la mujer, es decir, según las previsiones del art. 1407 C.C.⁷⁴, a las que reenvía el art. 787 C. com., no entregándole el precio, seguiría siendo deudor de ella, quien por esto sería admitida a la quiebra. Pero si los bienes fueron irregularmente enajenados, la mujer deberá contentarse con reivindicar del comprador ilegítimo los bienes vendidos⁷⁵.

Esta interpretación, digamos restrictiva, resulta dulcificada por la aceptación de que, aun ejerciendo la reivindicación, la mujer puede insinuar su crédito de forma condicional, es decir, para el caso de que la acción reivindicatoria resultase infructuosa. Ahora bien, la recuperación de la cosa vendida hace decaer el crédito, que debe ser eliminado de la quiebra. Y si hubiera sido ya pagado, deberá ser restituido, no a la masa sino al adquirente⁷⁶.

4.3.- La mujer como propietaria

Al igual que cuando se presenta como acreedora en la quiebra de su marido, la condición de propietaria de la mujer del quebrado, en las mismas circunstancias, se ve también dificultada por las normas de los arts. 671-675 C. com. 1865 y 78-785 C. com. 1882.

Los arts. 671, 672 y 674, 1º a 3º C. com. 1865 y 780, 781 y 783 C. com. 1882 enumeran los bienes que, por su origen o destino, y siempre que se justifique el origen

⁷³ BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., pág. 439; BRUNETTI, *ob. cit.*, pág. 344; NAVARRINI, *Trattato...*, I, cit., pág. 281.

⁷⁴ Véase supra capítulo III, apdo. A) V, 1.6.1.

⁷⁵ BRUNETTI, *ob. cit.*, pág. 345; VIDARI, *Coroso di diritto...*, VIII, cit., pág. 544.

⁷⁶ BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., pág. 440.

de los mismos, la mujer tiene derecho a "retener", sin que, por tanto, el síndico esté autorizado para incluirlos en la masa de la quiebra.

En concreto puede retener: los inmuebles que aportó en dote (art. 1388 C.C.) y sus frutos; los inmuebles parafernales con sus frutos (art. 1425 C.C.) que le pertenecieran al contraer matrimonio; los inmuebles que haya adquirido durante el matrimonio como consecuencia de relaciones jurídicas anteriores al mismo; los inmuebles adquiridos durante el matrimonio por donación o herencia; los inmuebles adquiridos por ella, a su nombre, durante el matrimonio, con dinero procedente de la enajenación de bienes que le pertenecían al tiempo de la celebración del matrimonio, o antes, en virtud de relaciones jurídicas anteriores a éste, o por donación o herencia, siempre que la prueba del origen resulte del contrato de adquisición, es decir, que exista una cláusula expresa de inversión (art. 1404 C.C.) o que el origen del dinero esté determinado por inventario o por otro documento que tenga fecha cierta (art. 1327 C.C.). Asimismo puede retener: los bienes muebles dotales o parafernales indicados en las capitulaciones matrimoniales o adquiridos en virtud de relaciones jurídicas anteriores al matrimonio, o por donación o herencia, siempre que pruebe su identidad con inventario o con otro documento que tenga fecha cierta; los bienes muebles adquiridos con el dinero obtenido de la venta de bienes dotales, parafernales o de los adquiridos en virtud de relaciones jurídicas anteriores al matrimonio, o posteriormente por donación o herencia.

Cumplidos los requisitos exigidos, la mujer retiene estos bienes si no han pasado todavía a manos del síndico, o vuelven a ella si el síndico hubiera ya tomado posesión de los mismos.

Como consecuencia de la trasposición de los preceptos del Código napoleónico, los arts. 675 C. com. 1865 y 785 C. com. 1882⁷⁷ disponían que este derecho no podía ser ejercido por la mujer sino con las cargas de las deudas e hipotecas con que los bienes estuviesen legalmente gravados. Esta norma, que tiene sentido en el régimen

⁷⁷ Arts. 548 C. com., 561 red. 1838 y 107 D. 1955; véase supra capítulo IV, apdo. A) II, 4.4.

económico matrimonial legal francés, en el que el marido es el único administrador⁷⁸, fue criticada por la doctrina, calificándola de extravagante y superflua⁷⁹, y su supresión fue aceptada por la "Comissione del 1906 per la riforma del codice di commercio"⁸⁰. La superfluidad de la norma fue claramente puesta de manifiesto por la doctrina: "Respecto a los bienes parafernales, si el marido hubiera tenido su administración, de no oponerse la mujer y no obstante su quiebra, éste seguiría desempeñándola; sabemos, en efecto, que la quiebra no hace perder al quebrado su capacidad para administrar. Para los bienes dotales, salvo que se trate de dote estimada, en cuyo caso la propiedad pasa al marido, la mujer se insinuará en la quiebra como acreedora de su marido, sin que el marido pierda aquí tampoco el derecho de administrar, si bien queda sujeto a ciertas restricciones, ya que no puede percibir los frutos, que, en su lugar, percibe la mujer, ni tampoco los capitales. Según el art. 1418 C.C. la mujer podrá pedir la separación de la dote. Si no la pide, o, en el caso de haberla pedido, mientras no se pronuncie la sentencia y no sea ejecutada dentro de los 60 días, la administración, aun con las restricciones mencionadas, sigue correspondiendo, al menos de derecho, al marido, no se le transfiere a la mujer"⁸¹.

Cuando no se trata de los bienes que la mujer puede retener, la ley establece una presunción, relativa a las adquisiciones hechas por la mujer, con la que quiere conceder una defensa eficaz a los acreedores contra las simulaciones que tiendan a favorecer una distracción de bienes del quebrado, bajo la apariencia de propiedad conseguida, en realidad mediante el empleo de recursos económicos del marido. El mecanismo utilizado por el codificador italiano es el de la **presunción muciana concursal**, recogida en los arts. 673 C. com. 1865 y 782 C. com. 1882, cuyos antecedentes inmediatos están en el art. 547 del Código de comercio napoleónico, reproducido en el art. 559 red. 1838 del mismo cuerpo legal, según la cual se presume que los bienes adquiridos por la mujer del quebrado durante el matrimonio⁸² pertenecen

⁷⁸ Véase supra capítulo I, apdo. A) III, 3.

⁷⁹ Véase, por todos, BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., pág. 420.

⁸⁰ Véase BONELLI, "I diritti della moglie...", cit., pág. 500.

⁸¹ NAVARRINI, *Trattato di diritto fallimentare secondo la nuova legislazione*, II, Bologna, 1939, pág. 111, nota 1.

⁸² La aplicabilidad de la presunción muciana durante toda la vigencia del

al marido y han sido pagados con su dinero, y deben ser incluidos en la masa de la quiebra, salvo que la mujer pruebe lo contrario.

Si bien son los arts. 673 C. com. 1865 y 782 C. com. 1882 los que contienen la formulación estricta de la presunción muciana, la totalidad de la doctrina, aunque con pequeñas variaciones de matiz en la justificación, conviene en que la presunción que afecta a las adquisiciones hechas por la mujer del quebrado tiene una doble formulación⁸³.

Para los **bienes inmuebles** se presume que los bienes adquiridos por la mujer pertenecen al marido y han sido pagados con su dinero y, por tanto, deben ser integrados en la masa de la quiebra, salvo que la mujer pruebe lo contrario (arts. 673 C. com. 1865 y 782 C. com. 1882). Para los **bienes muebles** se establece que todos los otros objetos muebles poseídos, tanto por el marido como por la mujer (es decir los que no entren en la categoría de los que la mujer puede retener), incluso en el caso de regir la sociedad de gananciales, se presumen pertenecientes al marido, salvo que la mujer pruebe lo contrario (arts. 674, párr. 4º C. com. 1865 y 783, párr. 2º C. com. 1882).

La presunción muciana, según disponen los preceptos que la disciplinan, es aplicable a todos los regímenes matrimoniales o, si se prefiere la dicción del texto legal, incluso al régimen de gananciales.

Esta mención al régimen de gananciales es la consecuencia lógica de la traducción literal de los textos franceses. El legislador italiano no quiso apartarse de

matrimonio no suscitó controversias, ni doctrinales, ni jurisprudenciales. Hay que esperar hasta el Proyecto de reforma de 1906, cuyo art. 131 limitaría la presunción de simulación "al quinquenio anterior a la declaración de quiebra"; idea que se mantiene en el Proyecto Bonelli. Véase BONELLI, "I diritti della moglie...", cit., págs. 500 y 504.

⁸³ BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., pág. 416, y haciendo una dura crítica del sistema vigente, acompañándola de una propuesta de reforma, "I diritti della moglie...", cit., págs. 497-502; BRUNETTI, *ob. cit.*, pág. 335; NAVARRINI, *Trattato...*, II, cit., pág. 113, pero ya desde su *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, VI, cit., pág. 217; VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., págs. 539 y 547.

los textos galos y tuvo presente el periodo "bajo cualquier régimen matrimonial", con el que el legislador francés quería aludir expresamente al caso en que no rigiera el régimen legal. Y puesto que, normalmente, los bienes de la comunidad, de cara a terceros, aparecían como bienes del marido⁸⁴, era lógico establecer que éstos entrasen en la masa de su quiebra, incluso cuando el tipo concreto de régimen comunitario no implicase que tuviesen carácter común las adquisiciones efectuadas por la mujer. Pero en Italia el régimen de gananciales implica *ipso iure* que las adquisiciones realizadas constante matrimonio, ya sean del marido, ya sean de la mujer, pertenecen siempre a la comunidad (art. 1436 C.C.)⁸⁵. En consecuencia, la presunción muciana no puede jugar, y el inciso "incluso en el caso de la sociedad de gananciales" es inoportuno y erróneo; no cabe presumir del marido bienes que por ley son de la comunidad⁸⁶.

Según la jurisprudencia, la presunción muciana, por el hecho de ser una presunción y, como tal, una excepción al principio general de la prueba, según el cual quien alega debe probar, debe ser objeto de una interpretación lo más restrictiva posible⁸⁷.

La presunción muciana, en su doble enunciado o formulación, tiene como presupuesto el que la adquirente es esposa de un comerciante, el cual ya tenía esta condición cuando se realizaron las adquisiciones⁸⁸. En este sentido el Trib. de App. de Palermo, en una sentencia de 28 de febrero de 1916⁸⁹, mantuvo que la presunción muciana se aplica también a la mujer del socio de una sociedad colectiva.

⁸⁴ Véase supra capítulo I, apdo. A) III.

⁸⁵ Véase supra capítulo III, apdo. A) V, 2.2.

⁸⁶ BONELLI, "I diritti della moglie...", cit., págs. 496–497. En contra, BOLAFFIO, "La moglie commerciante dopo la legge 17 luglio 1919 N. 1176", en *Riv. dir. comm.*, 1920, I, págs. 1 y ss., págs. 19–23; BRUNETTI, *ob. cit.*, pág. 340; MESSINEO, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1920, págs. 187–189.

⁸⁷ VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., pág. 539.

⁸⁸ Véase, por todos, NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, VI, cit., pág. 217.

⁸⁹ *Riv. dir. comm.*, 1916, II, pág. 546.

Según el sector mayoritario de la doctrina, con la primera formulación de la presunción, es decir, la referida a los **bienes inmuebles**, el legislador parte del supuesto de que se trata de una adquisición **simulada** en cuanto a la persona del adquirente⁹⁰. Sin embargo, otra posición doctrinal se inclina por evitar la alusión a la simulación y a la presunción de simulación, entendiendo que una vez que se presupone que la adquisición se ha efectuado con dinero del marido, su crédito pasará a formar parte de los derechos patrimoniales de la masa, y de esta forma la declaración de quiebra produce los efectos propios de la acción subrogatoria. "Y debe omitirse toda referencia a la simulación porque la comunidad de vida que es el matrimonio implica que se lleven a cabo actos que, sin intención alguna de dañar a los acreedores presentes o futuros, tienden a lograr un mayor bienestar para la familia. Una presunción de fraude sería viable en el caso de un acto del marido en favor de la mujer, pero el caso contrario sería aberrante. En la presunción muciana únicamente juega la idea de la integridad del patrimonio del marido comerciante, para lo cual se reputan de su pertenencia los bienes adquiridos, incluso en nombre propio, por su mujer"⁹¹. A esta construcción se le opone el que si el marido ha hecho aparecer a la mujer como contrayente, cuando, en realidad, era él quien contrataba, no se comprende cómo no puede hablarse de acto subjetivamente simulado; añadiendo que se podrá discutir si se trata o no de simulación fraudulenta, pero no se puede negar que se trata de simulación⁹².

Admitida la teoría de la simulación, la presunción se basa en la concurrencia de dos elementos constitutivos: que la mujer haya adquirido, si bien en nombre propio por cuenta del marido, y que haya adquirido con dinero de él⁹³. Como consecuencia, el síndico estará al resultado de la prueba en contrario aportada por la mujer y no tendrá que probar la simulación.

⁹⁰ Véanse, por todos, BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., pág. 400; NAVARRINI, *Trattato...*, II, cit., pág. 113.

⁹¹ BRUNETTI, *ob. cit.*, pág. 337.

⁹² NAVARRINI, *Trattato...*, II, cit., pág. 113, nota 2.

⁹³ BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., págs. 404-405.

Para que la presunción sea firme, es preciso que subsistan ambos elementos, de lo contrario, desaparece. En lo que a la prueba en contrario se refiere, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que la mujer puede valerse de todos los medios de prueba admitidos por las leyes civiles y mercantiles (arts. 1341-2º y 1354 C.C. y 44 C. com. 1882)⁹⁴, pues sería absurdo pretender medios de prueba que podrían, en su caso, no tener sentido o posibilidad de afirmarse. A esta libertad inicial en materia de prueba se le imponen jurisprudencialmente algunas limitaciones: la prueba testimonial es admisible, pero siempre dentro de los límites con los que es admitida en las leyes civiles y mercantiles⁹⁵; dado que el juez debe tener presente la protección de los acreedores, no basta que la mujer pruebe su posibilidad de adquirir los bienes, sino que ha de probar que, efectivamente, los ha pagado con su dinero⁹⁶.

En concreto, la mujer podrá probar que ha adquirido con dinero suyo, cualquiera que sea su procedencia. Si se demostrase que el dinero procedía de una donación del marido, podría ser obligada a restituirlo si la donación era nula en virtud del art. 1054 C.C. Ahora bien, la revocación del contrato entre cónyuges no afecta a la propiedad del inmueble adquirido, que seguirá perteneciendo a la mujer. Si, no obstante haber adquirido con dinero suyo, se demuestra que en realidad había adquirido por cuenta del marido, entonces se trata de una donación hecha por ella al marido, nula por ministerio de la ley (art. 1054 C.C.), o se trata de otro negocio jurídico, vg. un préstamo, y entonces el acto es plenamente válido frente a todos: la propiedad del inmueble adquirido entra en la masa de la quiebra, y la mujer podrá insinuarse como acreedora por el precio desembolsado. También puede probar que ha adquirido con dinero de su marido pero por cuenta propia; de esta forma seguirá siendo propietaria, pero la masa de la quiebra pasará a ser su acreedora⁹⁷.

Admitida la teoría que rechaza la existencia de simulación en el mecanismo de la presunción muciana, se producen las siguientes consecuencias: las adquisiciones

⁹⁴ VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., pág. 540.

⁹⁵ BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., pág. 404.

⁹⁶ NAVARRINI, *Trattato...*, II, cit., pág. 114.

⁹⁷ NAVARRINI, *Trattato...*, II, cit., págs. 114-115.

realizadas por la mujer y los créditos que tenga frente a su marido se presumen pertenecientes al patrimonio de éste y, por tanto, los bienes entran directamente en la masa de la quiebra; estos bienes quedan sometidos al mismo trato que los del marido, de manera que las enajenaciones efectuadas por la mujer durante el periodo sospechoso serán revocables; las garantías constituidas por la mujer sólo serán válidas si son anteriores a la cesación de pagos; los derechos derivados de las adquisiciones realizadas por la mujer, siempre que ésta no pueda probar que las efectuó con medios propios, serán ejercidos por la masa; las enajenaciones que realice tras la declaración de quiebra, si no enerva la presunción muciana, son nulas de pleno derecho; las adquisiciones hechas del marido durante el matrimonio se sancionan con la nulidad relativa, si se realizaron durante el periodo sospechoso, quedando sujetas a la presunción muciana si se efectuaron en un momento anterior⁹⁸.

Aportada la prueba en contrario por la mujer, o ésta tiene todavía la posesión de los inmuebles adquiridos, y en ese caso habrá evitado cualquier acción del síndico; o la posesión está en manos del marido, y la mujer podrá reivindicarlos del síndico⁹⁹.

En el caso de la segunda formulación de la presunción, es decir, la referida a los **bienes muebles**, rige una norma especial. A diferencia de lo establecido para los inmuebles, la norma de los arts. 674, párr. 4º C. com. 1865 y 783, párr. 2º C. com. 1882 no se detiene en la presunción de que el marido haya proporcionado el dinero a su mujer, no se preocupa de la adquisición, sino sólo de la posesión, que es lo relevante en materia de bienes muebles¹⁰⁰. O la posesión pertenece ya al marido, y entonces se presume propietario en virtud del art. 707 C.C.¹⁰¹; o la posesión la tiene la mujer, y entonces se presume simulada dicha posesión. En definitiva, la norma establece que el poseedor lo es el marido. Y en defecto de prueba en contrario de que la posesión implica la propiedad, los bienes muebles se consideran del marido y, por

⁹⁸ BRUNETTI, *ob. cit.*, págs. 338-339 y jurisprudencia allí citada.

⁹⁹ VIDARI, *Corso di diritto...*, VIII, cit., págs. 540 y 535.

¹⁰⁰ Véase, por todos, BONELLI, *Del fallimento*, II, cit., pág. 416.

¹⁰¹ "Respecto a los bienes muebles por su naturaleza, la posesión de buena fe equivale a título".

tanto, sometidos a la quiebra.

La prueba en contrario, al igual que para el caso de los inmuebles, puede establecerse por todos los medios de prueba admitidos en derecho. Sin embargo, en este punto hay una diferencia entre los Códigos de 1865 y 1882. Según la interpretación dada por la jurisprudencia, bajo el imperio del Código del 65 la prueba por testimonios sólo era admisible para los inmuebles, nunca para los muebles. Por el contrario, bajo la vigencia del Código del 82 se admite la prueba por testimonios para uno y otro supuesto.

Una cuestión que mantiene divididas a la doctrina y a la jurisprudencia es la relativa a si la presunción muciana actúa en perjuicio de terceros que hayan adquirido derechos reales sobre los inmuebles o los propios inmuebles que aparentemente pertenecen a la mujer.

Como consecuencia de la disparidad de criterios, las soluciones son diversas, y de entre ellas cabe citar las siguientes: la devolución a la masa de los bienes adquiridos por la mujer en virtud de la presunción muciana no perjudica las hipotecas que los gravan; la presunción actúa frente a los que han contratado con la mujer durante el periodo sospechoso¹⁰²; la presunción sólo actúa frente a terceros que hayan adquirido derechos sobre los bienes de la mujer del quebrado después de la declaración de quiebra¹⁰³.

La posición jurisprudencial más firme sostiene que, no enervada la presunción muciana, decae el derecho del tercero de buena fe, resultando anuladas las enajenaciones y las constituciones de hipoteca efectuadas por la mujer¹⁰⁴. Esta construcción debiera tener como corolario el otorgamiento a los adquirentes y a los acreedores hipotecarios del derecho de oponerse a las pretensiones del síndico. Sin embargo, esta consecuencia no es posible, pues por efecto de la presunción de

¹⁰² CANDIAN, "Dell'applicabilità della presunzione muciana ai terzi aventi causa dalla moglie", en *Riv. dir. comm.*, 1919, I. págs. 79 y ss., pág. 79.

¹⁰³ NAVARRINI, *Trattato...*, II, cit., pág. 116.

¹⁰⁴ Cass. Palermo, 28 marzo 1899, en *Foro it.*, 1899, 865.

simulación frente a la masa, la adquisición de la mujer resulta anulada también de cara a terceros¹⁰⁵.

Ante la controversia doctrinal y jurisprudencial, la solución al problema sólo parecía poder venir de la mano de los proyectos de reforma. Y, en efecto, así fue. En el Proyecto Bonelli, el art. 769 del texto de la Comisión, el único que disciplinaría la materia, se decía: "Los bienes que el cónyuge del quebrado ha adquirido a título oneroso durante el quinquenio anterior a la declaración de quiebra se presumen, de frente a la masa, adquiridos con dinero del quebrado y propiedad suya, salvo prueba en contrario. Si los bienes fuesen en el ínterin enajenados o hipotecados, la revocatoria en perjuicio del tercero no procede, si éste prueba su buena fe".

B) LA LEGGE FALLIMENTARE DE 1942

I.- INTRODUCCION

Como es sabido, el Real Decreto 267/1942, de 16 de marzo, sobre Disciplina de la quiebra, del convenio preventivo, de la administración controlada y de la liquidación forzosa administrativa, conocido como *Legge fallimentare* (en adelante LF), introdujo una importante reforma en el Derecho concursal italiano.

Tal y como se ponía de manifiesto en el Informe Ministerial que precede a la ley, ésta asume la tutela de los acreedores como un altísimo interés público y pone en marcha todos los medios para que la materialización de esta tutela no encuentre impedimentos en ningún interés particular, ya sea del deudor, ya sea de uno de los acreedores¹⁰⁶.

Al margen de esta proclama, los aspectos más sobresalientes de la nueva ley

¹⁰⁵ BONELLI, "I diritti della moglie...", cit., pág. 501.

¹⁰⁶ Véase PICELLA-POTENZA, *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*, Milano, 1942, pág. 22.

son la profunda transformación operada en el sistema de reintegración de la masa de la quiebra, y que, a diferencia del derogado Código de comercio, no sólo regula la quiebra, sino que contempla con una disciplina unitaria todos los aspectos de la crisis económica de la empresa, dando respuesta a las exigencias de la práctica y a los descos de la doctrina, que se lamentaba de la insuficiencia mostrada por el instituto de la quiebra para regular las distintas situaciones a que puede dar lugar la crisis de la empresa¹⁰⁷.

Además, con la regulación en un cuerpo legal separado, se procedió a la configuración del Derecho concursal como materia autónoma del Ordenamiento jurídico¹⁰⁸.

No obstante la atención prestada a esas distintas situaciones a que puede dar lugar la crisis económica de la empresa, se ha dicho que ninguno de los que aparecen como principios cardinales de los procedimientos concursales regulados en la LF ha salido indemne del paso de los años¹⁰⁹; hecho evidenciado por el divorcio entre realidad socioeconómica y realidad jurídica, frente al cual el legislador no reaccionó abordando una reforma global, sino procediendo a la promulgación de leyes atinentes

¹⁰⁷ BRUNETTI, *Diritto concursuale. Lezioni*, Padova, 1944, pág. 4.

¹⁰⁸ Sin embargo, no existe acuerdo doctrinal en cuanto al porqué de esta separación. Se ha dicho que esta configuración no obedece sino a la casualidad: iniciado el proceso de unificación del Derecho privado en 1942, era lógico que el derecho concursal, hasta entonces contenido en el Código de comercio, no se incluyera en el Código de obligaciones. El lugar apropiado era el Código de procedimiento civil, pero ya que este cuerpo había sido promulgado en 1940, ello no fue posible, por lo que hubo que dedicarle un cuerpo legal propio (PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Milano, 1974, págs. 52-54). Con anterioridad se había dicho que esta configuración es el resultado de una voluntad del legislador, y la mejor de las opciones posibles (AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1953, pág. 17). En cualquier caso, lo cierto es que en el informe presentado por el Guardasellos al Consejo de Ministros el 4 de enero de 1941 se dice que "la quiebra deberá ser objeto de una **ley especial**, que constituirá un apéndice del Código de procedimiento civil" (Véase PICELLA-POTENZA, *Disciplina del fallimento...*, cit., págs. 7-8).

¹⁰⁹ PANUCCIO, "I profili sostanziali da considerare nelle prospettive di riforma della legge fallimentare", en *Il Dir. fall.*, 1982, I, págs. 12 y ss., pág. 14.

a cuestiones concretas¹¹⁰. No obstante, en 1980 se iniciaron los trabajos de reforma que culminaron con la presentación, en marzo de 1984, de un Proyecto de ley de reforma urgente de determinados aspectos de la LF, a la que debería seguir otra de carácter orgánico¹¹¹.

II.- LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES

1.- Declaración y efectos: Aproximación

Siguiendo la pauta marcada por los Códigos de 1865 y 1882, la sentencia que declara la quiebra tiene naturaleza constitutiva (art. 16 LF). A diferencia de lo que sucedía en etapas anteriores, entre las menciones que ha de contener la sentencia no figura el señalamiento de la cesación de pagos. Ello es consecuencia de la importante transformación del sistema de reintegración de la masa¹¹².

En lo que a los efectos de la declaración de quiebra sobre la esfera personal del quebrado se refiere, el tema se mantiene en los mismos términos que en las etapas anteriores, siendo únicamente de destacar que la prohibición de ejercer el comercio, aplicable sólo en caso de quiebra fraudulenta (art. 861, párr. 5º C. com. 1882), pasa a serlo también en caso de quiebra "semplice" (arts. 216 y 217 LF). En cuanto a los efectos patrimoniales, hay que distinguir según el procedimiento concursal de que se trate. En los casos de convenio preventivo y de administración controlada no hay desapoderamiento, sino asistencia –vigilancia dice la ley– por el síndico (arts. 167 y 188 LF); por el contrario, si se trata de quiebra o de liquidación forzosa administrativa,

¹¹⁰ En concreto, y entre otras, la ley sobre reestructuración, reconversión y desarrollo de 13 de agosto de 1977, la ley sobre saneamiento financiero de las empresas industriales de 5 de diciembre de 1978 y las leyes de 3 de abril de 1979 y de 13 de agosto de 1980, sobre la administración extraordinaria, complementadas por las de 31 de marzo de 1982, de 25 de junio de 1982, de 19 de diciembre de 1983, de 8 de junio de 1984, de 18 de diciembre de 1985, de 6 de febrero de 1987 y de 23 de agosto de 1986.

¹¹¹ Los antecedentes, miembros y sistema de trabajo de la Comisión pueden verse en PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, págs. 937-1007, y en *Il progetto di riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno S.I.S.C.O., Milano, 10 novembre 1984*, Milano, 1985.

¹¹² Véase infra apdo. 3.

el deudor es desapoderado de la administración y disposición de sus bienes (arts. 42 y 200 LF), pasando éstas a manos del síndico (art. 31 LF).

Por lo que a los acreedores se refiere, de la declaración de quiebra resulta una agrupación de los mismos; se suspenden las acciones individuales de ejecución (art. 51 LF)¹¹³; se suspende el curso de los intereses de los créditos no garantizados por un privilegio especial, una prenda o una hipoteca (arts. 54, párr. 3º y 55 párr. 1º LF) y las deudas no vencidas devienen exigibles (art. 55, párr. 2º LF).

Por último, parte de las normas que, como consecuencia de la declaración de quiebra, incidían de forma especial sobre los derechos de la mujer del quebrado, se bilateralizan, siendo aplicables al marido y a la mujer.

2.- El desapoderamiento del quebrado

El tema de la naturaleza jurídica del desapoderamiento se mantiene en los mismos términos, es decir, numerosísimas interpretaciones, entre las cuales la de mayor predicamento en la actualidad es la que lo explica como un **fenómeno de separación del patrimonio**: aislar el patrimonio que constituye la garantía común de los acreedores de aquél que conforma el patrimonio personal del quebrado¹¹⁴.

Entre los primeros comentaristas de la nueva ley se puso rápidamente de manifiesto la gran perfección técnica del art. 42 LF. Mientras el art. 699 C. com. 1882 sólo se refería a la administración de los bienes del quebrado, el art. 42 LF dice que el deudor queda privado de la administración y disposición de los bienes que tenga en el momento de la declaración del procedimiento¹¹⁵.

¹¹³ Esta prohibición tiene una excepción. Según el art. 107 LF, las ejecuciones sobre bienes inmuebles no quedan paralizadas, sino que el procedimiento sigue adelante pero subrogándose el síndico en la posición del deudor,

¹¹⁴ Véase FERRARA, *Il fallimento*, 4ª ed., a cura di Alessandro BORGIOLI, Milano, 1989, págs. 298-303, en adelante FERRARA/BORGIOLI.

¹¹⁵ BRUNETTI, *Diritto concorsuale...*, cit., pág. 71.

A pesar su mejor expresión técnica, el art. 42 LF, cuyo 2º párrafo dispone que "también se incluyen en la masa los bienes que adquiriera el quebrado durante la quiebra, deducidos los gastos contraidos en la adquisición y conservación de los mismos", plantea nuevos y numerosos problemas.

La mayoría de la doctrina entiende que el 2º párrafo no es más que una aplicación concreta del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 2740 C.C.)¹¹⁶, con la que se pretende equilibrar las relaciones entre acreedores anteriores y posibles acreedores posteriores que tengan un derecho en virtud de la adquisición o conservación de los bienes a que se refiere el precepto. Puesto que estos acreedores, como posteriores que son, no existen para la quiebra (art. 44 LF), el legislador ha querido establecer una norma de justicia, disponiendo que si el síndico quiere hacer entrar dichos bienes en la masa debe subrogarse en la posición del deudor y hacer frente al cumplimiento de las cargas inherentes a los mismos¹¹⁷. La posición minoritaria, por el contrario, considera que el precepto supone una excepción a dicho principio, pues al reservar los bienes futuros en beneficio de los acreedores existentes en el momento de la declaración de quiebra, hace de peor condición a los acreedores futuros¹¹⁸.

Un tema en el que no existe acuerdo doctrinal es el de en qué forma entran los bienes futuros en la quiebra. Unos consideran que los bienes ingresan en la masa deducción hecha de las cargas que los gravan¹¹⁹; otros piensan que los bienes entran con las cargas que los gravan, las cuales se transforman en deudas de la masa¹²⁰.

¹¹⁶ Véase, por todos, BONSIGNORI, *Il fallimento*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, de Galgano, Padova, 1986, pág. 324.

¹¹⁷ SATTA, *Diritto fallimentare*, 2ª ed. aggiornata ed ampliata da Romano VACCARELLA e Francesco P. LUISO, Padova, 1990, pág. 139, en adelante SATTA/VACCARELLA/LUISO, pero ya desde sus *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1949, pág. 110.

¹¹⁸ FERRARA, *Il fallimento*, 2ª ed., Milano, 1966, pág. 273.

¹¹⁹ CANDIAN, "Esercizio del commercio in constanza di fallimento e sua disciplina giuridica", en *Riv. dir. comm.*, 1932, I, págs. 421 y ss., pág. 430.

¹²⁰ DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956, pág. 108; MINERVINI, "Il fallito imprenditore commerciale: regime dei beni

Otra cuestión que se plantea es la de si el deudor, dado que puede seguir ejerciendo una actividad empresarial, bien la que le ha llevado a la quiebra, bien una nueva, puede ser sometido a una segunda quiebra. Las posiciones doctrinales y jurisprudenciales son extremas y contrapuestas, y van desde la afirmativa¹²¹ a la negativa, cuya formulación más precisa dice que si el quebrado lleva la nueva empresa a un estado de insolvencia, no podrá ser sometido a una nueva quiebra, pues no hay patrimonio, ni, por ende, masa activa respecto a la que desarrollar el procedimiento¹²².

En cuanto a qué bienes abarca el desapoderamiento, la doctrina concursalista se plantea, sin soluciones concretas, los temas, ya vistos, relativos a los bienes que integran el fondo patrimonial¹²³.

Al igual que bajo la vigencia del Código de comercio, el desapoderamiento produce efectos directamente frente a terceros. Los actos y pagos realizados por el quebrado después de la declaración de quiebra son ineficaces respecto a la masa (arts. 44 LF).

A diferencia de lo que sucedía en etapas anteriores, tras la reforma del Derecho de familia en el año 1975, la quiebra ha pasado a ser causa de disolución del régimen matrimonial, siempre que el elegido sea el de gananciales (art. 191 C.C.) o el de comunidad convencional (art. 210 C.C.)¹²⁴.

3.- La reintegración de la masa

Como ya hemos indicado, la ley del 42 ha supuesto una profunda

sopravvenuti e ammissibilità de un nuovo fallimento", en *Riv. dir. comm.*, 1952, II, págs. 294 y ss., pág. 303.

¹²¹ SATTA, *Istituzioni...*, cit., pág. 113.

¹²² BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., págs. 332-33; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, pág. 233; FERRARA, *ob. cit.*, pág. 276, y en la doctrina anterior, BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., págs. 41-42.

¹²³ Véase supra capítulo III, apdo. B) V, 3.2.

¹²⁴ Véase supra capítulo III, apdo. B) IV, 6.1.

transformación en este terreno. Abandonando el sistema de retroacción, el legislador italiano opta por el modelo de reintegración relativo, es decir, sólo los negocios específicamente expresados en la norma y realizados en los plazos señalados por la ley pueden verse privados de su eficacia, y sólo frente a la masa de acreedores.

Este sistema se establece en los arts. 64 a 71 LF, y se integra por una única acción con dos modalidades: la acción revocatoria ordinaria (art. 66 LF)¹²⁵, y concursal (arts. 64, 65 y 67 LF), cuyo ejercicio corresponde al síndico.

Dada una situación de insolvencia, el legislador une a la misma una serie de presunciones que hacen desaparecer o modifican los requisitos de la revocatoria ordinaria. El estado de insolvencia viene presumido por la ley con una duración variable (1 ó 2 años –arts. 64, 65 y 67 LF–)¹²⁶. La presunción del estado de insolvencia es relativa, por lo tanto el deudor puede probar la inexistencia de esta circunstancia en el momento de la celebración del negocio, escapando así a la revocatoria¹²⁷. No obstante, hay tendencias jurisprudenciales a calificarla de absoluta¹²⁸.

El sistema vigente ha sido criticado y alabado. Criticado porque hace más complejas e inciertas las impugnaciones, deja intangibles negocios que podían ser atacados por la retroacción, hace revocables negocios ordinarios en la vida de la empresa e incrementa el número de impugnaciones¹²⁹. Alabado, por el contrario, porque establece un mecanismo más sencillo, resulta más equitativo, atiende mejor a la realidad y permite en cada caso demostrar la efectiva insolvencia del deudor o,

¹²⁵ Sobre la revocatoria ordinaria en el seno de la quiebra pueden verse las monografías de AULETTA, *La revocatoria civile e fallimentare*, Milano, 1939, y CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 1965.

¹²⁶ En contra PAJARDI, *Manuale...*, cit., págs. 359–360, quien niega la existencia de esta presunción, fundamentando su postura en las diferencias de plazo establecidas por el legislador.

¹²⁷ Véase, por todos, FERRARA, *Il fallimento*, cit., págs. 350–351.

¹²⁸ MAZZOCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1980, pág. 282.

¹²⁹ PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare, II*, Milano, 1964, págs. 1021–1022.

correlativamente, la no insolvencia al tiempo de la celebración del negocio¹³⁰.

3.1.– La revocación *ex lege*

Los arts. 64 y 65 LF establecen que los actos a título gratuito y los pagos de deudas no vencidas "están privados de efecto frente a los acreedores" como consecuencia de una presunción *iuris et de iure* de fraude.

Para un sector doctrinal la sanción de ineficacia deriva del negocio mismo, ya que no se fundamenta en el carácter fraudulento del acto, sino en la preferencia reconocida a la masa pasiva por motivos de política legislativa¹³¹. Para otro sector el fundamento está en la existencia de una presunción *iuris et de iure* de fraude, lo que lleva a que la ineficacia no sea más que una consecuencia de la revocación *ex lege*¹³².

Para que proceda la revocación de estos negocios es preciso que se trate de uno de los indicados en la ley¹³³, y que se haya celebrado en los dos años anteriores a la declaración de la quiebra, entendiéndose por momento de celebración el de perfeccionamiento¹³⁴.

En el marco del art. 64 LF el supuesto más controvertido es el relativo a los negocios constitutivos de garantías reales. Partiendo del art. 2901 C.C., que asimila a los contratos a título oneroso las garantías contextuales al crédito que garantizan, se plantea la duda de a qué norma debe someterse dicha garantía. Dado que el art. 67, 3) y 4) LF hace referencia a las garantías no contextuales, una interpretación coordinada de ambas normas exige que la constitución de la garantía real por deuda no simultánea

¹³⁰ FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 349; MAZZOCA, *Manuale...*, cit., pág. 259; PAJARDI, *Manuale...*, cit., pág. 354.

¹³¹ MAZZOCA, *Manuale...*, cit., págs. 295–296; SATTA, *Istituzioni...*, cit., pág. 161, y SATTA/VACCARELLA/LUIISO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 202.

¹³² FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 356.

¹³³ La norma sólo hace referencia a los negocios a título gratuito, lo que propicia el casuismo doctrinal y jurisprudencial.

¹³⁴ FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 360.

sea privada *ex lege* de eficacia siempre que a la constitución no corresponda, por parte del acreedor, un sacrificio, ya que de otro modo no existe negocio oneroso, por lo que siempre escaparía a la sanción, al no ser alcanzado tampoco por la norma del art. 67, 1) LF, relativo a los actos a título oneroso realizados en los dos años anteriores¹³⁵. La tesis contraria da preferencia al art. 67 sobre el 64, recurriendo al art. 2901 y afirmando que éste simplifica y resuelve la cuestión en lo relativo a las garantías contextuales, remitiendo la cuestión de la gratuidad de las no contextuales a la apreciación judicial en cada caso¹³⁶. Una tercera posición sostiene que la presunción del art. 2901 C.C. no es aplicable a los supuestos del art. 64 LF, pues dicha presunción, expresamente limitada a los efectos de la norma que disciplina la revocatoria ordinaria, no puede extenderse a una figura que tiene presupuestos distintos¹³⁷.

El propio art. 64 LF establece una excepción a su aplicación, en virtud de la cual escapan a la revocación *ex lege* los regalos de uso y los actos realizados en cumplimiento de un deber moral o con finalidad de utilidad pública, siempre que la liberalidad sea proporcional al patrimonio del deudor.

La mayoría de la doctrina considera que la proporcionalidad debe ir referida al patrimonio neto del quebrado¹³⁸.

Según la corriente doctrinal mayoritaria, si efectuada la valoración la liberalidad resulta ser desproporcionada, la revocatoria del art. 64 LF afecta a la totalidad del

¹³⁵ BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., págs. 482-483; FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 359; FERRARA/BORGIOI, *Il fallimento*, cit., págs. 417-418 y jurisprudencia allí citada.

¹³⁶ MAZZOCA, *Manuale...*, cit., pág. 297; PROVINCIALI, *Trattato...*, II, cit., pág. 1057; SATTA/VACCARELLA/LUIO, *Diritto fallimentare*, cit., págs. 205-207.

¹³⁷ DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 206; MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 1986, pág. 157.

¹³⁸ DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 300, texto y nota 11; FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 360; MAFFEI ALBERTI, *Commentario...*, cit., pág. 159. En contra, criticando en cierta medida la norma, PROVINCIALI, *Trattato...*, II, cit., págs. 1058-1059.

acto¹³⁹. La corriente minoritaria, por el contrario, estima que la revocatoria sólo afecta a la desproporción, quedando a salvo el resto de la liberalidad¹⁴⁰.

El art. 65 LF, por su parte, somete a la revocación *ex lege* todos aquellos pagos de créditos cuyo vencimiento se produce el mismo día de la apertura del procedimiento o con posterioridad.

El favoritismo inherente a estos pagos hace que la ley los mire con gran recelo, y entendiendo que tal conducta no es meramente casual, sino que responde a la voluntad del deudor, se establece una presunción *iuris et de iure* de forma que la revocación opera con independencia de la valoración del conocimiento de la insolvencia por el acreedor.

A los efectos del art. 65 LF se entiende que la fecha del vencimiento es la contractualmente prevista o la que, en su caso, derive de la ley. En este sentido es indiferente que la anticipación del pago se derive de la existencia de un descuento por pronto pago, de una amenaza de ejecución o de que haya sido judicialmente privado del plazo (art. 1186 C.C.)¹⁴¹, equiparándose a las deudas no vencidas las condicionales¹⁴². Por el contrario, tal y como tiene sentado la jurisprudencia, escapan a la revocatoria los créditos cuyo vencimiento aplazado está sujeto a una cláusula contractual que faculta al deudor para liberarse anticipadamente de la deuda ya que en este caso no hay pago anticipado, sino pago de deuda vencida¹⁴³.

Para la mayoría de la doctrina es indiferente la naturaleza del crédito satisfecho

¹³⁹ FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 361; MAFFEI ALBERTI, *Commentario...*, cit., pág. 159; PROVINCIALI, *Trattato...*, II, cit., pág. 1059; SATTA/VACCARELLA/LUISO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 209.

¹⁴⁰ BRUNETTI, *Diritto concorsuale...*, cit., pág. 110; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 300.

¹⁴¹ Véase MAFFEI ALBERTI, *Commentario...*, cit., pág. 160.

¹⁴² PAJARDI, *Manuale...*, cit., pág. 377; PROVINCIALI, *Trattato...*, II, cit., págs. 1061-1062; SATTA/VACCARELLA/LUISO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 211.

¹⁴³ FERRARA/BORGIOI, *Il fallimento*, cit., pág. 421.

anticipadamente. Poco importa que se trate de un crédito hipotecario o pignoraticio¹⁴⁴. Sin embargo, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, va ganando terreno la posición contraria que mantiene que de esta forma, es decir, diferenciando según el tipo de crédito, la masa no quedaría privada del lucro que podría reportarle el pago de un crédito hipotecario o pignoraticio, el cual dejará un bien libre de cargas, con lo que se incrementa su valor de ejecución¹⁴⁵.

Otras hipótesis de revocación *ex lege* se conectan con las relaciones patrimoniales entre cónyuges, pero nos remitimos a lo que se diga al tratar de los derechos del cónyuge del deudor¹⁴⁶.

3.2.- La revocatoria concursal

A diferencia de lo que sucede con los actos a título gratuito y asimilados, cuando se trata de revocar actos a título oneroso, el conocimiento del estado de insolvencia por parte del acreedor cobra todo su relieve.

El conocimiento del estado de insolvencia debe ser probado por el síndico, salvo que los actos presenten unas características que legitimen el establecimiento de una presunción *iuris tantum* que haga recaer la carga de la prueba sobre el tercero contratante. Esra prueba, según la jurisprudencia, debe demostrar la concurrencia de circunstancias que inducirían a una persona medianamente diligente a considerar inexistente dicha insolvencia¹⁴⁷.

En lo que a los sujetos de la revocatoria concursal se refiere, el párrafo 3º del

¹⁴⁴ BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., págs. 744-745; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 301; MAZOCA, *Manuale...*, cit., pág. 300; PAJARDI, *Manuale...*, cit., pág. 377; PROVINCIALI, *Trattato...*, II, cit., pág. 1060.

¹⁴⁵ BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., pág. 483; FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 362; SATTA/VACCARELLA/LUISO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 210, texto y nota 36, pero ya desde sus *Istituzioni...*, cit., pág. 166.

¹⁴⁶ Véase infra apdo. 4.

¹⁴⁷ SATTA/VACCARELLA/LUISO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 211.

art. 67 LF excluye su aplicación a los negocios jurídicos contemplados en sus dos párrafos anteriores, pero no a los de los arts. 64 y 65 Lf, cuando la contraparte del quebrado sea alguna de las personas a que dicha norma se refiere. Estas personas son: los institutos de emisión, los institutos autorizados para la realización de operaciones de crédito sobre prendas y los institutos de crédito inmobiliario¹⁴⁸.

El que la carga de la prueba recaiga sobre el síndico o sobre el tercero contratante depende de la anormalidad o normalidad de los actos, categorías éstas recogidas respectivamente en los párrafos 1º y 2º del art. 67 LF.

En lo que a los sujetos de la revocatoria concursal se refiere, el párrafo 3º del art. 67 LF excluye su aplicación a los negocios contemplados en sus dos párrafos anteriores, pero no a los de los arts 64 y 65, cuando la contraparte del quebrado sea alguna de las personas a las que la norma se refiere; estas personas son: los institutos de emisión, los institutos autorizados para la realización de operaciones de crédito sobre prendas y los institutos de crédito inmobiliario¹⁴⁹.

La revocación de estos actos no opera, empleando la terminología italiana, *ex lege*, sino en virtud de una resolución judicial dictada en un procedimiento instado al efecto por el síndico.

3.2.1.- Negocios jurídicos anormales

El art. 67, párr. 1º LF contiene cuatro categorías de actos a título oneroso: negocios conmutativos desequilibrados, negocios solutorios con medios diferentes del dinero, negocios constitutivos de garantías por deudas preexistentes, vencidas y no vencidas.

Por lo que respecta a las dos primeras categorías, las cuestiones que pudieran

¹⁴⁸ Véase BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., págs. 505-510.

¹⁴⁹ Véase BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., págs. 505-510.

plantearse son las mismas que bajo la vigencia del Código de comercio¹⁵⁰. Las dos últimas, por el contrario, plantean algunas novedades.

El legislador del 42 ha distinguido dos supuestos. De un lado las prendas, anticresis e hipotecas voluntarias constituidas en los dos años anteriores a la declaración de quiebra. De otro, las prendas, anticresis e hipotecas voluntarias o judiciales constituidas en el año anterior a la declaración de quiebra. La diferencia temporal se conecta con el vencimiento o no de la deuda. La constitución de una garantía antes del vencimiento de un crédito es un indicio revelador del estado de insolvencia mayor que la constitución cuando el crédito ya ha vencido. De ahí que en el primer caso, constitución previa al vencimiento, el plazo sea de dos años y en el segundo, constitución posterior al vencimiento, sólo de uno.

Esta disposición viene a resolver o eliminar la mayoría de las cuestiones que se planteaban bajo la vigencia del Código de comercio: revocabilidad de la hipoteca judicial, distinción entre hipotecas contextuales y no contextuales y reconducción de la hipoteca legal a la norma que regula los negocios a título oneroso normales¹⁵¹.

Esta resolución de problemas se ve contrarrestada por el nacimiento de otras cuestiones nuevas, entre las que destacan dos. El primer escollo se plantea en torno al momento en que empiezan a contarse los dos años. Frente a la posición mayoritaria, que considera que la contextualidad de la garantía no se entiende como meramente cronológica, pues la idea de crear una garantía y la materialización de la misma pueden tener una ejecución fragmentaria y, por tanto, la fecha a partir de la cual debe empezar a contarse es la de la inscripción¹⁵², se ha dicho que la inscripción o la notificación no es más que un momento ejecutivo y no puede tener valor autónomo, por tanto la conexión debe hacerse con la concesión, no con el cumplimiento de las formalidades exigidas para su constitución¹⁵³. El segundo problema se refiere a la

¹⁵⁰ No obstante, véase BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., págs. 484-492.

¹⁵¹ Véase SATTA/VACCARELLA/LUIISO, *Diritto fallimentare*, cit., págs. 226-228.

¹⁵² Véase, por todos, BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., pág. 493.

¹⁵³ FERRARA, *Il fallimento*, cit., págs. 368-369 y jurisprudencia allí citada y en

determinación de la preexistencia y vencimiento de la deuda. Se ha dicho que la conexión debe hacerse con el momento de constitución de la garantía¹⁵⁴; en sentido contrario se ha afirmado que la verificación debe hacerse en relación al momento en que nació el derecho a obtener la garantía¹⁵⁵. Frente a estas dos opiniones, y adoptando una postura coherente con la solución dada respecto al momento en que debe empezar a contarse el bienio, se dice que el momento determinante para la verificación de la preexistencia es el de la inscripción de la garantía¹⁵⁶.

3.2.2.- Negocios jurídicos normales

El párrafo 2º del art. 67 LF hace referencia a negocios a título oneroso celebrados por el deudor en el año anterior a la declaración de quiebra.

Los negocios a los que se refiere el precepto no mueven al legislador a establecer ninguna presunción, por lo que será el síndico quien deba aportar la prueba de que los terceros que contrataron con el deudor tenían conocimiento efectivo de su insolvencia¹⁵⁷, así como de la fecha de celebración del negocio.

Los negocios concretos a los que se refiere la norma se encuadran en tres categorías: pago de deudas líquidas y exigibles, negocios a título oneroso y negocios constitutivos de derechos de prelación.

Dado que las tres categorías se reconducen a una sola, la de los actos a título oneroso, la doctrina se inclina por considerar que entre los actos a título oneroso, como categoría autónoma enunciada por el precepto, deben entenderse incluidos no sólo los

MAFFEI ALBERTI, *Commentario...*, cit., pág. 177.

¹⁵⁴ MAFFEI ALBERTI, *Commentario...*, cit., pág. 177.

¹⁵⁵ ROSSI, "La revoca fallimentare delle ipoteche", en *Riv. dir. civ.*, 1963, I, págs. 507 y ss., pág. 520.

¹⁵⁶ BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., pág. 494.

¹⁵⁷ BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., pág. 495; PROVINCIALI, *Trattato...*, II, cit., pág. 1118.

constitutivos, sino también los declarativos¹⁵⁸. La enumeración concreta de tales supuestos es objeto de consenso doctrinal y jurisprudencial. Así, entre otros, se incluyen: la resolución convencional de un contrato por mutuo disenso, la compraventa con pacto de reserva de dominio, la compensación y la cesión de bienes a los acreedores¹⁵⁹.

Por pago de deudas líquidas y exigibles se entiende todo negocio solutorio o de extinción de deuda. Existiendo acuerdo doctrinal y jurisprudencial en cuanto a que la norma se refiere no sólo a los pagos voluntarios, sino también a los forzosos, esta categoría no plantea ninguna cuestión relevante¹⁶⁰.

Al igual que bajo la vigencia del Código de comercio, la revocabilidad de los pagos por deudas líquidas tiene una excepción. El art. 68 LF, reproduciendo en su esencia el art. 711 C. com. 1882¹⁶¹, excluye de la revocatoria concursal el pago de una letra de cambio realizado por el deudor, si el acreedor debiera aceptarlo para no perder la acción de regreso (art. 50 L. camb.), dirigiéndose la revocatoria concursal contra el último obligado en vía de regreso, siempre que éste conociera la situación de insolvencia del deudor al tiempo del libramiento o endoso de la letra¹⁶².

La última categoría comprende los negocios constitutivos de derechos de preferencia por deuda contextual, a los cuales parte de la doctrina considera aplicable la presunción de onerosidad que establece el art. 2901 C.C para los gravámenes

¹⁵⁸ Véase, por todos, FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 370.

¹⁵⁹ BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., pág. 497; FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 373; MAFFEI ALBERTI, *Commentario...*, cit., pág. 176; PAJARDI, *Manuale...*, cit., pág. 387; SATTA/VACCARELLA/LUIO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 229.

¹⁶⁰ Véanse FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 371, y SATTA/VACCARELLA/LUIO, *Diritto fallimentare*, cit., págs. 233-234. No obstante, en contra, BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., pág. 500, para quien la sujeción de los pagos forzosos a la revocatoria concursal se opera sobre la base del sofisma utilizado por la jurisprudencia, para la cual lo afectado por la revocatoria es el pago, quedando a salvo la resolución judicial.

¹⁶¹ Véase supra apdo. A) II, 3.2.

¹⁶² Véase DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., págs. 329-347.

simultáneos a la deuda que garantizan.

La norma no afecta sólo a los negocios constitutivos de derechos reales, sino también a todos aquellos creadores de algún tipo de privilegio que confiera a su titular un derecho de satisfacción preferente oponible a los acreedores quirografarios, a los hipotecarios posteriores y a los adquirentes sucesivos, así como a los constitutivos de hipoteca legal¹⁶³. El objeto de la revocatoria es, únicamente, el negocio constitutivo de la garantía y no la deuda pues, aunque el perjuicio se valora en relación al conjunto del acto, no se puede confundir la operación realizada por las partes con el elemento de la misma que se liga directamente el perjuicio. En consecuencia, el negocio puede escapar a la revocatoria si el deudor prueba que la constitución de la garantía no ha causado ningún perjuicio a los acreedores¹⁶⁴.

3.3.- Efectos de la revocación

Dado que los medios de tutela contenidos en los arts. 64 a 67 LF tienen como finalidad la reintegración del patrimonio del deudor, y no la anulación del acto perjudicial entre las partes, que no interesa a los acreedores más que como medio para la reintegración, el tercero puede en cualquier momento eludir la acción entregando al síndico el valor del daño provocado por el acto¹⁶⁵. El valor se entiende como actual, pues el eventual incremento debe redundar en beneficio de los acreedores¹⁶⁶. La restitución en valor debe hacerse siempre que sea imposible la restitución *in natura*. En consecuencia, según la jurisprudencia, la restitución de la cosa debe ir acompañada de los frutos de la misma, distinguiéndose según el tercero fuera de buena o mala fe. En el primer caso sólo ha de restituir los frutos percibidos con posterioridad a la

¹⁶³ FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 375; MAZZOCA, *Manuale...*, cit., pág. 318; PROVINCIALI, *Trattato...*, II, cit., págs. 1135-1136; SATTA/VACCARELLA/LUIISO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 236.

¹⁶⁴ Véase FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 375.

¹⁶⁵ Véase, por todos, BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., pág. 778 y la abundante jurisprudencia citada por SATTA/VACCARELLA/LUIISO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 244, nota 98.

¹⁶⁶ SATTA, *Istituzioni...*, cit., pág. 186.

demanda, en el segundo caso todos los percibidos y perceptibles con posterioridad a la celebración del negocio revocado¹⁶⁷.

En contrapartida a esta restitución, el tercero tiene derechos frente al deudor, en concreto el derecho a la devolución de la prestación, que ahora queda sin causa¹⁶⁸. En este punto se plantea el problema de que este derecho no puede ejercerse sobre los bienes restituidos sin que antes hayan sido satisfechos los acreedores admitidos a la quiebra (art. 2902 C.C.)¹⁶⁹. La solución al conflicto viene dada por la propia LF, cuyo art. 71 dispone que el tercero afectado por la revocatoria puede insinuarse en la quiebra por el crédito correspondiente a lo que haya debido restituir por efecto de la revocación. Si el crédito no es pecuniario, porque el vendedor hubiera sido él, el tercero tiene derecho a retomar la cosa en especie, y, en su defecto, a insinuar su crédito por el valor correspondiente¹⁷⁰.

La revocación del pago implica el renacimiento del crédito, y con éste el derecho de volver a tener las garantías que lo asistan. Si bien, las garantías revocadas no pueden resurgir respecto de los otros acreedores, salvo que la quiebra fuese revocada después de la revocación de las garantías.

4.- Derechos del cónyuge del deudor

4.1.- Ideas generales

Los arts. 69 y 70 LF disciplinan respectivamente un agravamiento de la revocatoria concursal del art. 67 LF, una limitación de la extensión de la hipoteca legal de la dote, la denegación de acción por las ventajas estipuladas en las capitulaciones matrimoniales y la presunción muciana. Normas sobre las que ha incidido profundamente la reforma del Derecho de familia de 1975, si bien algunas de ellas no

¹⁶⁷ RICCI, "Revocatoria fallimentare del trasferimento di bene fruttifero e restituzione dei frutti", en *Giur. comm.*, 1982, I, págs. 53 y ss., pág. 70.

¹⁶⁸ BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., pág. 782. Matizadamente en contra, FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 342.

¹⁶⁹ Véase FERRARA, *Il fallimento*, cit., págs. 333-334 y 341.

¹⁷⁰ BONELLI, *Del fallimento*, I, cit., págs. 782-784.

contienen ninguna novedad respecto al Código de comercio¹⁷¹ y, por tanto, las cuestiones y soluciones que se planteaban bajo la vigencia de los Códigos civil y de comercio son reproducibles para la normativa del Derecho de familia del Código unificado.

4.2.- Negocios a título oneroso, pagos y garantías

El art. 69 LF, en su primer párrafo, establece que todos los negocios del tipo de los comprendidos en el art. 67 LF realizados entre cónyuges¹⁷² al tiempo en que uno de ellos era comerciante son revocables, salvo que el cónyuge *in bonis* pruebe su ignorancia de la insolvencia del otro.

Esta norma, como hemos dicho, supone un agravamiento de la revocatoria concursal del art. 67 LF. El art. 69 afecta, sin establecer las matizaciones contenidas en el art. 67, a todos los negocios contemplados en este último precepto, hace desaparecer toda limitación temporal para el ejercicio de la acción, ya que no establece ningún plazo¹⁷³, y conecta la revocatoria con actos celebrados en el tiempo en que el cónyuge quebrado desarrollaba una actividad empresarial. Además, también supone un endurecimiento del régimen probatorio, pues establece, sobre la base de la intimidad de vida que el matrimonio implica, una presunción *iuris tantum* de conocimiento de la insolvencia del quebrado por su consorte. En consecuencia, el síndico sólo debe probar la realización del acto, la cualidad de comerciante del quebrado al tiempo de la realización del mismo y la existencia en aquel momento del vínculo matrimonial.

¹⁷¹ No obstante, hay que señalar una diferencia entre el Código de comercio y la *Legge fallimentare*. A diferencia del primero, que regulaba las relaciones entre cónyuges en el capítulo dedicado a "las distintas clases de acreedores", la LF las disciplina en el capítulo relativo a "los actos perjudiciales para los acreedores". La nueva colocación sistemática tiene su fundamento en que el cónyuge *in bonis* no es, respecto a los acreedores, más que un tercero cualificado por su relación con el quebrado, la cual le pone en una situación que le permite conocer más fácilmente su estado de crisis económica (SATTA, *Istituzioni...*, cit., pág. 187).

¹⁷² Una referencia expresa al "fantasma" del fraude en las relaciones entre los cónyuges puede verse en DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 318.

¹⁷³ A favor de una restricción, con aplicación de los mismos plazos señalados en el art. 67 LF, OPPO, "Acquisti alla comunione coniugale e pregiudizio dei creditori personali", en *Riv. dir. civ.*, 1981, I, págs. 137 y ss., pág. 149.

Para sustraerse a la acción revocatoria el cónyuge *in bonis* debe probar que no existía la insolvencia de su consorte, que la ignoraba o que del acto no se ha derivado ningún perjuicio para los acreedores¹⁷⁴.

La reforma del derecho de familia no presenta en este punto ninguna incidencia restrictiva. La norma del art. 69, párr. 1º puede ser aplicada a los esposos casados en régimen de separación o en régimen de gananciales. Las complicaciones, si se producen, vendrán de la mano del régimen de gananciales en el que cabe la posibilidad de una actuación colusoria de los esposos. Así, por ejemplo, cabe que se realicen actos de disposición de bienes privativos o sobre la cuota de la comunidad correspondiente a uno de los cónyuges¹⁷⁵.

El art. 69, párr. 2º limita la hipoteca legal por la dote de la mujer, prohibiendo su extensión a los bienes adquiridos por el marido con posterioridad a la celebración del matrimonio, en el caso de que el mismo desarrollara una actividad empresarial o la iniciara en el año siguiente, salvo que los bienes hubieran sido adquiridos por donación o herencia.

Como ya hemos indicado, son plenamente reproducibles, y a ellas nos remitimos¹⁷⁶, las soluciones adoptadas durante la vigencia del Código de comercio. No obstante la derogación de la dote por la ley de 1975, hay que tener presentes los posibles casos de derecho transitorio, es decir, las dotes estipuladas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma y a las que se sigue aplicando la norma.

Por último, el párrafo 3º del art. 69 prohíbe a la mujer –cónyuge– del quebrado el ejercicio de las ventajas a su favor estipuladas en los pactos capitulares, y, correlativamente, establece la prohibición de que los acreedores se valgan de las que puedan derivarse para el marido –cónyuge–. Al igual que en el tema de la dote nos

¹⁷⁴ DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 319; FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 380.

¹⁷⁵ SATTA/VACCARELLA/LUIISO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 249.

¹⁷⁶ Véase supra apdo. A) II, 4.2.1.

remitimos a lo ya dicho al examinar las disposiciones del Código de comercio¹⁷⁷.

4.3.- La presunción muciana

La disciplina de la eficacia de los actos realizados por los cónyuges frente a los acreedores se completa con la disposición del art. 70 LF, que contiene la **presunción muciana concursal**.

El art. 70 LF dice que los bienes adquiridos por el cónyuge del quebrado a título oneroso durante el quinquenio anterior a la declaración de quiebra se presumen, en beneficio de los acreedores, salvo prueba en contrario, adquiridos con dinero del quebrado y se consideran de su propiedad, y el síndico está autorizado para tomar posesión de los mismos; si los bienes son enajenados o hipotecados en ese mismo periodo, no podrá ejercerse la acción revocatoria contra el tercero que pruebe su buena fe.

La presunción muciana ha recibido, y sigue recibiendo, gran atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Al igual que sucede con la empresa familiar, sobre la presunción muciana, especialmente después de la reforma del Derecho de familia, se ha dicho todo y lo contrario de todo, pero sin que ello haya supuesto soluciones a los múltiples problemas que plantea dicha institución.

Las innovaciones que presenta el art. 70 LF respecto a los arts. 673 C.com. 1865 y 782 C. com. 1882 son dos: bilateralización de la norma, es decir, aplicación al marido y la mujer, y delimitación temporal de la aplicabilidad, limitándola al quinquenio anterior a la declaración de quiebra.

Para la operatividad de la presunción muciana son condiciones necesarias el que la adquisición se haya realizado después de la celebración del matrimonio y que el adquirente tenga la cualidad actual de cónyuge del quebrado al tiempo de la misma¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Véase supra apdo. A) II, 4.2.1.

¹⁷⁸ FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 386.

La declaración de nulidad del matrimonio con posterioridad a la declaración de quiebra no impide su aplicación. No ocurre así cuando es anterior como consecuencia de la retroacción de la declaración de nulidad. Para evitar los efectos de la retroacción se ha propuesto la aplicación analógica de los efectos del matrimonio putativo¹⁷⁹. En los casos de divorcio la situación es similar: los actos posteriores a la sentencia no se ven afectados por la presunción muciana; solución generalizada por la doctrina más moderna a todas las hipótesis de ruptura de la convivencia¹⁸⁰.

Sobre la base del silencio del art. 70 LF, en contraposición con la previsión expresa del art. 69 LF –en el tiempo en que el quebrado ejercía una actividad empresarial–, la doctrina¹⁸¹ y la jurisprudencia¹⁸² sostienen que la presunción muciana es aplicable aunque el quebrado no fuese todavía empresario en el momento en que se efectuó la adquisición. En contra de esta postura se ha dicho que es necesario que fuera ya empresario, considerando muy gravoso que el cónyuge *in bonis* tenga que proceder a constituir la prueba liberatoria de un acto realizado cuando el quebrado no había iniciado todavía su actividad empresarial¹⁸³.

Una cuestión que ha suscitado un amplio debate doctrinal es el relativo a la aplicabilidad del art. 70 LF cuando ambos cónyuges son comerciantes y declarados en quiebra.

Con anterioridad a la reforma del Derecho de familia el Tribunal Supremo ya se había manifestado sobre el tema, si bien con dos sentencias contradictorias. La primera, de 27 de septiembre de 1954, favorable a la aplicabilidad de la norma a las dos quiebras, y la segunda, de 12 de junio de 1957, contraria al juego de la

¹⁷⁹ VASELLI, *La presunzione muciana*, Padova, 1953, pág. 71. En contra, SALANITRO, *Gli acquisti del coniuge del fallito*, Milano, 1969, pág. 213.

¹⁸⁰ BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., pág. 518.

¹⁸¹ Véanse, FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 386; SATTA, *Istituzioni...*, cit., pág. 191.

¹⁸² BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., pág. 519.

¹⁸³ SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., pág. 219; VASELLI, *La presunzione muciana*, cit., pág. 66.

presunción muciana en caso de quiebra, bien simultánea, bien sucesiva, de ambos cónyuges¹⁸⁴, manifestándose nuevamente, ya después de la reforma, en el segundo sentido¹⁸⁵. También con anterioridad a la reforma, la doctrina se había manifestado en contra de la operatividad de la presunción muciana cuando los dos cónyuges fuesen comerciantes¹⁸⁶. Tras la reforma la doctrina se sigue decantando por la solución negativa¹⁸⁷.

La norma del art. 70 LF es aplicable a toda clase de bienes, créditos y derechos. No obstante, se plantea algún caso dudoso, en concreto el de la "azienda". La doctrina y la jurisprudencia sostienen que sólo quedan sujetos a la presunción muciana los bienes concretos que la componen, nunca la "azienda" considerada como conjunto¹⁸⁸.

A diferencia de lo que sucedía en los Códigos de comercio, el art. 70 LF no

¹⁸⁴ FUSARO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1990, pág. 483. En este mismo sentido, FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 387.

¹⁸⁵ Cass., 6-10-1997, en *Foro it.*, 1978, I, 72, con nota de JANNARELLI, "La presunzione muciana fra interessi dei creditori e interessi dei coniugi". En contra, App. Catania, 15-3-1986, en *Il Dir. fall.*, 1986, II, pág. 694.

¹⁸⁶ CORSI, "La presunzione muciana è ancora attuale?", en *La legge fallimentare: Bilancio e prospettive dopo 30 anni di applicazione. Atti del Congresso di Monza, 19-22 ottobre 1972*, I, Milano, 1975, págs. 687 y ss., pág. 692; SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., págs. 223-224; SANDULLI, "Questioni sulla applicabilità della presunzione muciana ex art. 70 l. fall.", en *Giust. civ.*, 1957, págs. 1911 y ss. En contra, PROVINCIALI, *Trattato...*, II, cit., pág. 1167.

¹⁸⁷ Véase OPPO, "Acquisti alla comunione legale...", cit., pág. 150. En contra, PAJARDI, *Manuale...*, cit., pág. 365.

¹⁸⁸ SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., pág. 180. En contra, FORMIGGINI, "La prova contraria alla presunzione muciana", en *Riv. dir. civ.*, 1956, I, págs. 372 y ss., pág. 390.

Tema distinto es el de la quiebra de la "azienda" ganancial. A este respecto hay que tener en cuenta la polémica doctrinal en torno a qué normas –familiares o societarias– debe sujetarse la "azienda" ganancial (Véase supra capítulo III, apdo. B) IV, 2.1.). Si se acepta su sometimiento a las normas del derecho de familia, surge un cúmulo de problemas irresolubles. Si, por el contrario, se opta por someterla a las normas societarias, la quiebra de las sociedades va por otros cauces (Véase CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, II, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, de Cicu-Messineo, Milano, 1984, pág. 196.

hace referencia a los regímenes económicos del matrimonio en que es aplicable. Esto ha planteado una polémica doctrinal y jurisprudencial, que todavía sigue abierta, y al hilo de la cual se recrudeció el tema de la posible inconstitucionalidad de la presunción muciana.

Por lo que al régimen de separación de bienes se refiere, la mayoría de la doctrina sostiene que la presunción muciana es operante en todas las hipótesis de adopción del mismo¹⁸⁹, manifestándose en este mismo sentido la jurisprudencia¹⁹⁰.

En lo que al régimen de gananciales se refiere, la discusión sobre la operatividad de la presunción muciana se inició ya antes de la reforma del Derecho de familia¹⁹¹. Algunos autores plantearon el problema pero dejando abierta la cuestión¹⁹², y otros sostuvieron con firmeza que si la sociedad de gananciales llegaba a ser el régimen legal, la presunción muciana perdería su contenido¹⁹³. Una vez entrada

¹⁸⁹ APICE, *Tutela dei creditori e terzi nelle procedure concorsuali*, Padova, 1989, pág. 40; BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., págs. 515-516; BORGIOI, en FERRARA/BORGIOI, *Il fallimento*, cit., pág. 452; DEL VECCHIO, "Il nuovo diritto di famiglia alla luce della legge fallimentare", en *Giur. it.*, 1977, IV, 90 y ss., 98; LAURINI, "Esiste ancora la presunzione muciana?", en *Giur. comm.*, 1975, I, págs. 625 y ss., pág. 628; OPPO, "Acquisti alla comunione legale...", cit., pág. 158; ROSAPEPE, "Presunzione muciana e regime patrimoniale della famiglia", en *Giur. comm.*, 1982, II, págs. 507 y ss., pág. 510; SALANITRO, "Rapporti tra coniugi nel fallimento e presunzione muciana", en *Il Dir. fall.*, 1978, I, págs. 253 y ss., págs. 264, y en "La presunzione muciana tra nuovo diritto di famiglia e Progetto di riforma", en *Il Dir. fall.*, 1984, I, págs. 696 y ss., pág. 698; VACCARELLA/LUISO, en SATTA/VACCARELLA/LUISO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 256. No obstante, en contra, BORGIOI, "Presunzione muciana, evoluzione sociale e costituzione", en *Riv. dir. civ.*, 1978, II, págs. 567 y ss., pág. 577; CORSI, "La muciana: una presunzione dura a morire", en *Giur. comm.*, 1978, II, págs. 185 y ss., pág. 191, y en *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 193; RAGUSA MAGGIORE, "Presunzione muciana e riforma del diritto di famiglia", en *BBTC*, 1981, I, págs. 95 y ss., pág. 115.

¹⁹⁰ FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., págs. 489 y 514; SATTA/VACCARELLA/LUISO, *Diritto fallimentare*, cit., págs. 256-257, nota 120.

¹⁹¹ El problema de la coordinación del art. 70 LF con el régimen de gananciales ya había sido puesto de relieve en los 2 Congresos sobre reforma del Derecho de familia organizados en 1967 y 1972 por la Fundación Cini en Venecia.

¹⁹² SALANITRO, "Rapporti patrimoniali tra coniugi e fallimento", en *Giur. it.*, 1974, IV, 38 y ss., 41.

¹⁹³ OPPO, "Il regime patrimoniale della famiglia", en *La riforma del Diritto di*

en vigor la ley de 1975, la doctrina se encuentra muy dividida, habiendo partidarios, los menos, de la compatibilidad¹⁹⁴ y de la incompatibilidad¹⁹⁵. La jurisprudencia, por su parte, ha sostenido posiciones contrapuestas: derogación del art. 70 LF por la ley de reforma, no derogación del art. 70 LF, derogación limitada al ámbito del régimen de gananciales, compatibilidad de la presunción muciana con el régimen de gananciales, inoperancia de la presunción muciana en el régimen de gananciales¹⁹⁶. No obstante, el Tribunal Supremo, en su doctrina más reciente, se ha pronunciado a favor de la incompatibilidad¹⁹⁷.

Los argumentos esgrimidos por los defensores de una y otra postura se pueden resumir así: la incompatibilidad se basa en que los cónyuges adquieren *ex lege* y *pro quota* la propiedad de los bienes que adquieren conjunta o separadamente durante el matrimonio¹⁹⁸; la compatibilidad se sustenta en la primacía de la ley especial (LF) sobre la ley general (C.C.), idea confirmada por el art. 191 C.C., que establece como

famiglia, Padova, 1972, pág. 79.

¹⁹⁴ BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., pág. 516; PAJARDI, *Manuale...*, cit., pág. 410; SALANITRO, "Rapporti tra coniugi...", cit., pág. 264.

¹⁹⁵ APICE, *Tutela dei creditori...*, cit., págs. 52-43; BARTALENA, "Inapplicabilità della presunzione muciana agli acquisti in regime di comunione legale", en *Giur. comm.*, 1984, II, págs. 122 y ss., *passim*; CORSI, *Il regime patrimoniale...*, II, cit., pág. 191; DEL VECCHIO, "Il nuovo diritto di famiglia...", cit., 97; FERRARA/BORGIOI, *Il fallimento*, cit., pág. 452; FLORINI, "La presunzione muciana e il nuovo diritto di famiglia", en *Il Dir. fall.*, 1982, I, págs. 440 y ss., pág. 453; GUGLIELMUCCI, "Presunzione muciana e comunione dei beni fra coniugi", en *Il Dir. fall.*, 1977, I, págs. 333 y ss., *passim*; GIULIANO, "Ancora sulla la compatibilità della presunzione muciana col regime di comunione legale dei coniugi e sul litisconsorzio necessario del coniuge del fallito", en *Il Dir. fall.*, 1989, II, págs. 967 y ss., pág. 973, y "Luci ed ombre sulla presunzione muciana", en *Il Dir. fall.*, 1989, II, págs. 656 y ss., *passim*; LAURINI, "Esiste ancora la presunzione muciana?", cit., pág. 627; OPPO, "Acquisti alla comunione legale...", cit., pág. 152; RAGUSA MAGGIORE, "Presunzione muciana e riforma...", cit., pág. 109, y "Fine dimezzata della presunzione muciana" en *Il Dir. fall.*, 1989, II, págs. 276 y ss., pág. 278; ROSAPEPE, "Presunzione muciana e regime patrimoniale...", cit., pág. 508; SOLI, "Presunzione muciana e riforma del diritto di famiglia", en *Giur. comm.*, 1977, I, págs. 596 y ss., págs. 604-605.

¹⁹⁶ FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., págs. 484-523.

¹⁹⁷ FUSARO, *Il regime patrimoniale...*, cit., pág. 514; SATTA/VACCARELLA/LUISO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 257.

¹⁹⁸ Véase supra capítulo III, apdo. B) IV, 2.

causa de disolución del régimen de gananciales la declaración en quiebra de uno de los cónyuges¹⁹⁹.

El tema de la posible inconstitucionalidad del art. 70 LF, planteado a principios de los años 70²⁰⁰, fue rápidamente resuelto por el Tribunal Constitucional –sentencia de 10 de junio de 1975, nº 195– que estimó que el art. 70 LF no contravenía los arts. 3, 24 y 29 de la Constitución: no es contrario al art. 3, porque afecta a ambos cónyuges; no viola el art. 24, pues hay una limitación temporal de 5 años y se admite prueba en contrario, y tampoco va contra el art. 29, ya que no afecta a la igualdad jurídica y moral de los cónyuges²⁰¹. No obstante la sentencia, el tema de la inconstitucionalidad se ha planteado repetidamente ante los tribunales²⁰², y sigue siendo objeto de consideraciones doctrinales²⁰³.

La prueba liberatoria de que los medios empleados en la adquisición eran del quebrado puede obtenerse recurriendo a todos los medios de prueba admitidos en Derecho²⁰⁴. Sin embargo, según la jurisprudencia, no basta que el cónyuge *in bonis* demuestre una disponibilidad monetaria genérica, sino que es precisa la prueba del dinero concreto utilizado en la adquisición²⁰⁵.

¹⁹⁹ Véase supra capítulo III, apdo. B) IV, 6 y 6.1.

²⁰⁰ GHIRARDI, "Sulla incostituzionalità della presunzione muciana quale regolata dall'art. 70 della legge fallimentare", en *Giust. civ.*, 1971, IV, 106 y ss.; SALANITRO, "Profili costituzionali della disciplina muciana", en *Riv. dir. comm.*, 1970, I, págs. 321 y ss.; Trib. Avvezano, 30-X-1972, en *Il Dir. fall.*, 1973, II, pág. 231.

²⁰¹ En *Foro it.*, 1975, I, 1889.

²⁰² PORRARI, "La presunzione muciana", en *NGCC*, 1985, II, págs. 266 y ss.

²⁰³ Así, BORGIOLI, "Presunzione muciana, evoluzione sociale...", cit., págs. 579–585 y en "Incostituzionalità della presunzione muciana", en *Giur. comm.*, 1978, II, págs. 952 y ss.; FLORINI, "La presunzione muciana e il nuovo diritto di famiglia", cit., págs. 466–469; OPPO, "Acquisti alla comunione legale...", cit., pág. 151, texto y nota 48; SOLI, "Presunzione muciana e riforma...", cit., pág. 603, o el recentísimo artículo de MENESTRINA, "Dubbi sulla costituzionalità della presunzione muciana", en *Giur. comm.*, 1991, II, págs. 352 y ss.

²⁰⁴ SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., pág. 133.

²⁰⁵ SATTA/VACCARELLA/LUIISO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 254.

El art. 70 LF dispone expresamente que "el síndico está autorizado para tomar posesión" de los bienes del cónyuge que se presumen adquiridos con dinero del quebrado.

No hay divergencia doctrinal en cuanto a que ese desapoderamiento tiene naturaleza ejecutiva; es un desapoderamiento igual al que opera respecto del quebrado, produciéndose en el momento de la declaración de quiebra, pero sin que ello signifique una transferencia de los bienes de un cónyuge al otro²⁰⁶. Como consecuencia, el síndico puede proceder a la liquidación de los bienes según las disposiciones de los arts. 104 y ss. LF ("De la liquidación del activo")²⁰⁷.

De la lectura del texto del art. 70 LF parece deducirse que la adquisición y el pago del precio se han producido en el quinquenio anterior a la declaración de quiebra. Sin embargo, lo cierto es que se plantean situaciones en que esto no es así. Si el bien es adquirido antes del quinquenio pero pagado dentro del mismo, la doctrina se inclina por la no sujeción a la presunción muciana²⁰⁸. Si se adquiere en el quinquenio pero se paga después de la declaración de quiebra, no parece que pueda aplicarse la presunción muciana pues, una vez declarada la quiebra, se produce el desapoderamiento del quebrado con la consiguiente indisponibilidad de sus bienes²⁰⁹. Si sólo se ha efectuado un pago parcial, la presunción muciana sólo es aplicable a la parte pagada²¹⁰.

Por último, el párr. 2º del art. 70 LF dispone que "si los bienes fueron enajenados o hipotecados en ese periodo, no podrá ejercerse la acción revocatoria contra el tercero que pruebe su buena fe".

²⁰⁶ SATTA/VACCARELLA/LUIISO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 255.

²⁰⁷ Véase, por todos, SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., págs. 55-56.

²⁰⁸ Véanse FERRARA, *Il fallimento*, cit., págs. 385; SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., pág. 148.

²⁰⁹ FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 386.

²¹⁰ FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 385.

La ley no contempla la posible responsabilidad del cónyuge *in bonis*, pero no parece que éste deba poder eludir la norma recurriendo a la enajenación²¹¹.

La norma sólo se aplica a los subadquirentes a título oneroso, cuya mala fe presume la ley, imponiéndoles la carga de la prueba. Se considera que el tercero ha actuado de buena fe cuando prueba una razonable convicción de que el dinero procedía del cónyuge con el que contrató²¹², o que no subsistía el vínculo matrimonial²¹³.

Cuando el tercero no puede demostrar su buena fe deben aplicarse las disposiciones del art. 67 LF –acción revocatoria concursal–, pues si falta la buena fe el bien se considera, de cara a los acreedores, perteneciente al quebrado y, consecuentemente, se estima que el acto lo realizó él mismo²¹⁴.

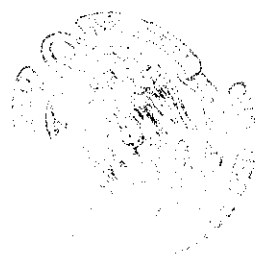
²¹¹ FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 387.

²¹² DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore...*, cit., pág. 341; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 325; FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 388; SATTA, *Istituzioni...*, cit., pág. 194. En contra, SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., pág. 259.

²¹³ DE MARTINI, *ibidem*; FERRARA/BORGIOI, *Il fallimento*, cit., pág. 453, nota 2.

²¹⁴ BONSIGNORI, *Il fallimento*, cit., págs. 521–522, y jurisprudencia citada en nota 438; DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore...*, cit., pág. 340; FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 388; PROVINCIALI, *Trattato...*, II, cit., pág. 1171. En contra, DE SEMO, *Diritto fallimentare*, cit., pág. 325; PAJARDI, *Manuale...*, cit., pág. 409; SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., pág. 258; VASELLI, *La presunzione muciana*, cit., pág. 103.

SEGUNDA PARTE
DERECHO ESPAÑOL

CAPITULO SEPTIMO

LINEAS BASICAS DE LOS SISTEMAS ECONOMICO-MATRIMONIALES

I. Significado de la reforma de 1975-1981	444
II. El régimen matrimonial primario	449
1. La contribución a los gastos de la familia	450
2. El ejercicio de la potestad doméstica	452
3. Regulación genérica del consentimiento dual	455
4. El derecho de predetracción del cónyuge supérstite	459
5. La prueba de la titularidad de los bienes	459
III. Las capitulaciones matrimoniales	462
1. Consideraciones generales	462
2. Contenido, extensión y límites	464
3. Tiempo y forma	467
4. Publicidad	469
IV. La contratación entre cónyuges	482
V. Esbozo de los sistemas regulados por el Código civil	489
1. La sociedad de gananciales: Estudio en particular de la conformación de las masas patrimoniales	490
1.1. Principios rectores	490
1.2. Bienes privativos y gananciales: Enumeración y publicidad	493
1.3. Las presunciones de los arts. 1361 y 1441 C.C.: diferencias	500
1.4. Especialidades derivadas del ejercicio del comercio por uno de los cónyuges: La empresa, componente patrimonial de la sociedad de gananciales	504
2. La separación de bienes	508
3. La participación en las ganancias	514

I.- SIGNIFICADO DE LA REFORMA DE 1975-1981

Las normas con las que el codificador español disciplinó las relaciones económicas entre cónyuges respondían a un tipo de familia y a unas concepciones radicalmente patriarcales. Esto se reflejó claramente en el principio general formulado en el art. 57 C.C.: "el marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido". Este precepto no se limitaba a configurar las relaciones personales de los cónyuges, sino que sentaba como principio válido en la esfera patrimonial la supremacía marital en la dirección de la pareja y la familia. Este principio tenía una doble manifestación: el marido era dueño y señor de la comunidad, y la mujer perdía la libertad de regir a su arbitrio su patrimonio, quedando supeditada a la concesión de la licencia marital. A ello hay que añadir la existencia de la dote, bienes de la mujer administrados por el marido y especialmente dedicados a la cobertura de las necesidades de la familia, y la libertad de pactar sobre el régimen de bienes antes del matrimonio, nunca después de celebrado éste.

Esta situación se va modificando lentamente. Interrumpido el cauce abierto por la Constitución de la II República, hay que esperar hasta la ley de 24 de abril de 1958, en cuyo preámbulo se decía que aquella modificación del Código abordaba "el problema de la capacidad jurídica de la mujer, que hacía mucho tiempo se hallaba planteado", y a partir de la cual se exige el consentimiento de la mujer para los actos de disposición sobre inmuebles o establecimientos mercantiles (art. 1413 C.C). Luego vendrán la ley de derechos políticos, profesionales y de trabajo de 1961, la reforma de los arts. 320 y 321 C.C., en 1972, y la gran reforma de 1975-1981¹.

¹ La condición jurídica de la mujer casada tropieza con dos causas de limitación de la capacidad de obrar, el sexo y el matrimonio, que juntas restringen poderosamente su capacidad de actuación. La desigualdad entre hombre y mujer, cimentada en la convicción de que la mujer tiene una constitución física y psíquica inferior y más débil que el hombre, se amplía de forma extraordinaria al conectarse con la desigualdad entre marido y mujer, justificada en la necesidad de mantener la armonía familiar, con el consiguiente sometimiento de la mujer casada a la autoridad marital y a la dirección económica y moral del marido. El hecho de casarse disminuye la capacidad de la

Y decimos reforma de 1975-1981 porque, a nuestro juicio, no se trata de dos reformas, sino de una sola gran reforma, dilatada en el tiempo. Los fines perseguidos por la ley de 2 de mayo de 1975 no se completan hasta la promulgación de las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981². Además, no nos parece que éstas dos últimas leyes vengan necesariamente forzadas por la entrada en vigor de la Constitución. Ciertamente influyó, impeliendo al legislador a llevar el principio de igualdad entre cónyuges a sus últimas y justas consecuencias, pero no lo es menos que la idea de la

mujer. La soltera, si es mayor de edad, puede normalmente administrar su patrimonio; la viuda gestiona el patrimonio conyugal y administra el de sus hijos, es decir, tiene capacidad de actuación en solitario; la casada actúa junto a su marido, participando en los actos que él realice, o actuando sola pero con licencia de éste.

La condición jurídico privada de la mujer tiene una evolución, con altibajos más o menos acusados, que arrancando del Derecho romano primitivo, en el que la mujer no tiene capacidad jurídica, pasa por la dignificación que trae consigo el Cristianismo, el cual, no obstante, la mantiene sometida al varón (San Pablo a los Efesios, 5, 22), a la que sigue la concesión de la "potestad de llaves" en el Derecho visigótico. Ya en nuestro país, los Fueros mantienen la necesidad, excepcionable, del "otorgamiento"; las Partidas mantienen las restricciones existentes, y, por último, las Leyes 54 a 61 de las de Toro regulan los principios y las cuestiones esenciales relativos a la capacidad de obrar de la mujer casada; leyes cuyo contenido pasa literalmente a la Nueva y a la Novísima Recopilación y que permanece vigente de forma íntegra hasta la Codificación, que al derogar la Novísima Compilación derogó el realidad, en cuanto a la capacidad de obrar de la mujer, las Leyes de Toro.

Esta evolución histórica, aquí apenas indicada, ha sido estudiada exhaustiva y minuciosamente por MUÑOZ GARCIA, *Las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada: 1505-1975*, s.l., pero impr. Madrid, 1991, quien a lo largo de su obra va poniendo de manifiesto que las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada se conciben como **un beneficio** en su favor y en tanto que tal renunciable por ella, pero que poco a poco pasa a ser considerado como una suerte de incapacidad entendida como una cuestión de orden público jurídico; cuestión y situación que permanecen inalterables hasta el año 1975 (pág. 273), con el "agravante" de la pérdida de la posibilidad de renunciar a esas leyes beneficiosas, aunque discriminatorias, a partir de la publicación del Código civil, añadiendo, no obstante, que esa desaparición de un privilegio no debe valorarse negativamente en el tratamiento jurídico de la mujer casada (pág. 276).

Otro estudio, también histórico, pero menos minucioso, ya que abarca la situación de la mujer en los cinco Continentes, es el de GOMEZ MORAN, *La mujer en la Historia y en la legislación*, s.l., s.a., pero Oviedo, 1942.

Dentro del contexto de los temas específicos que analizan en sus obras, también puede verse un análisis de la evolución histórica de las limitaciones a las que ha estado sometida la mujer casada en GOMEZ LAPLAZA, *De los bienes parafernales*, Salamanca, 1976, y HERRERO GARCIA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, Salamanca, 1976.

² GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", en *RDM*, 1982, págs. 497 y ss., pág. 503.

igualdad jurídica, que informa toda la materia, había sido asumida por el legislador español con la adhesión a la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Con ello no queremos desconectar Constitución y reforma, pero sí poner de manifiesto que el camino hacia la equiparación se había iniciado, si bien tímidamente y subsistiendo la casi totalidad de las trabas existentes, veinte años antes de promulgarse la Constitución, lo que nos coloca en una posición similar a la de los países de nuestro entorno jurídico³.

En consonancia con las ideas enunciadas en la Exposición de Motivos de la ley de 2 de mayo de 1975

Una de las corrientes de opinión fuertemente sentidas en nuestros días en el ámbito del Derecho privado, reflejo de auténticas necesidades de carácter apremiante, es la que incide sobre la situación jurídica de la mujer casada. Sufre ésta señaladas limitaciones en su capacidad de obrar que, si en otros tiempos pudieron tener alguna explicación, en la actualidad la han perdido...⁴

Sobre todo importa reconocer a la mujer un ámbito de libertad y de capacidad de obrar en el orden jurídico que es consustancial con la dignidad misma de la persona...⁵

Base esencial de la nueva ordenación es la de que el matrimonio no tiene un sentido restrictivo respecto a la capacidad de obrar de los cónyuges. En consecuencia, ninguno de ellos ostenta una representación legal del otro, siendo posible únicamente la representación derivada de la voluntad. Corolario obligado es también que cada uno de los consortes puede realizar los actos jurídicos y ejercitar los derechos que le corresponden con carácter privativo o exclusivo...⁶

El tercero de los puntos afectados por la reforma es el relativo a la modificación, constante matrimonio, del régimen económico-matrimonial por

³ Recuérdese que en Francia el proceso de equiparación se inicia con la ley de 1938 y culmina con la reforma de 1965, matizada y depurada en 1985; en Alemania, promulgada la Ley Fundamental de Bonn en mayo de 1949, el 1 de abril de 1953 se hace inmediatamente aplicable el principio de la igualdad jurídica, que se desarrollará en la ley de equiparación jurídica de 1957; en Italia el movimiento de equiparación, que recibe un gran impulso de la jurisprudencia constitucional, lo que tampoco es de extrañar si se tiene en cuenta que el Código unificado es de 1942 y la Constitución de 1947, se plasmará en la reforma del Derecho de familia de 1975.

⁴ Apdo. I, párr. 1º.

⁵ Apdo. I, párr. 3º.

⁶ Apdo. III, párr. 3º.

voluntad de ambos cónyuges...⁷

La actuación de la mujer en la esfera del derecho privado no se agota con los actos previstos en el Código civil. Hay otra importante vertiente –la de la posible actuación de la mujer casada en la esfera mercantil– que tiene su regulación en el Código de Comercio inspirado en la misma limitada concepción general de la capacidad jurídica de la mujer casada que había recogido el Código civil. Al reformarse hoy este último cuerpo legal, procede también modificar las normas del Código de Comercio en el sentido de reflejar el mismo criterio... Por eso en la nueva ordenación relativa al ejercicio del comercio... ha de reputarse como norma básica el art. 12, según el cual todo lo dispuesto en los artículos que le preceden se estima sin perjuicio de lo pactado en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil..., eliminando también aquí el rigor de la vieja regla de la autoridad marital⁸.

el régimen económico del matrimonio resulta levemente modificado, y el ejercicio del comercio por mujer casada experimenta un giro copernicano con la supresión del deber de obediencia de la esposa y correspondientemente de la licencia marital⁹, y se autoriza el otorgamiento de pactos capitulares después de celebrado el matrimonio; pactos que, ya sean anteriores o no al matrimonio, cobran carácter prioritario en el plano de los efectos patrimoniales y económicos del ejercicio del comercio por persona casada, y en cuyo defecto resulta de aplicación el sistema legal supletorio de los nuevos arts. 6 y ss. del Código de comercio¹⁰.

Por lo que a la ley de 13 de mayo de 1981 se refiere, dada la nueva costumbre adoptada por el legislador español de promulgar la mayoría de las leyes sin la correspondiente Exposición de Motivos, tenemos que conformarnos con espigar la del Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979

La nueva versión de 1975 establecía, como principio rector de las relaciones

⁷ Apdo. IV, párr. 4º.

⁸ Apdo. VII, párr. 1º.

⁹ Véanse GOMEZ LAPLAZA, "Supresión de la licencia marital", en *ADC*, 1977, págs. 337 y ss.; MUÑOZ GARCIA, *Las limitaciones a la capacidad...*, cit., pág. 265.

¹⁰ Véase ILLESCAS ORTIZ, "El ejercicio del comercio por persona casada tras la ley de 2 de mayo de 1975", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 283 y ss., y "El empresario individual. Supuestos especiales", en JIMENEZ SANCHEZ y otros, *Derecho Mercantil*, Barcelona, 1990, págs. 122 y ss., págs. 122–124.

personales entre esposos, el de la igualdad de varón y mujer, pero no alteraba la organización económica de la sociedad conyugal... De donde la libertad concedida a la esposa y madre por la nueva ley quedaba habitualmente muy incompleta...

La presente reforma ha llevado el principio de igualdad entre los cónyuges a sus últimas y justas consecuencias, ya borrando ciertas distinciones que persistían en las relaciones personales, ya, sobre todo, confiriendo a cada uno, en el aspecto patrimonial, iguales facultades, derechos y obligaciones. De ahora en adelante cada cónyuge gobernará y regirá sus bienes y actividades económicas sin más trabas que la respectiva contribución a las cargas familiares o las derivadas de no ser suyos, sino comunes, ciertos bienes obtenidos por él, o de la eventual obligación de dar cuenta de sus actividades lucrativas al otro cónyuge. De otra parte, en la economía conyugal, y singularmente en la sociedad de gananciales, ninguno de los dos será superior al otro, ni tendrá atribuidas por la ley concretas facultades o privilegios en cuanto varón o mujer.

Cabe, además, señalar como aspectos sociales y económicos de relieve en la regulación que se adopta, la nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos, incluidas las donaciones...¹¹

Las palabras de la Exposición de Motivos del Proyecto de ley son sobradamente claras y elocuentes. Unicamente cabe decir que con las leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981 se culmina el proceso iniciado en 1975, produciéndose una transformación radical en el panorama del Derecho "personal" y patrimonial de la familia. Transformación operada sin la debida coordinación de cuerpos legales y que da lugar a numerosos problemas en el momento en que han de ponerse en relación las normas de los Códigos civil y de comercio¹².

¹¹ ESPAÑA. CORTES GENERALES, *Código Civil (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios*, I, Madrid, 1985, págs. 170 y 172.

¹² Sobre la descoordinación en la ley del 75 véanse BERCOVITZ, en GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I, 7ª ed, revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz, Madrid, 1976, pág. 283; GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, I, Madrid, 1976, pág. 195; OLIVENCIA RUIZ, "Significado de la reforma del Código de comercio", en *Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos civil y de comercio por ley 15/1975 de 2 de mayo - (Año 1977)*, Madrid, 1978, págs. 155 y ss., y en la de 1981, BISBAL MENDEZ, "Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio", en *RJC*, 1982, págs. 349 y ss., págs. 350-351; GARCIA VILLAVERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., *passim*; LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la ley de 13-5-81", en *RJC*, 1983, págs. 585 y ss., pág. 586; RAGEL SANCHEZ, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, pág. 124; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de derecho mercantil*, Madrid, 1991, pág. 57. Conforme con el sistema resultante de la reforma, MARTINEZ VAL, "Algunos aspectos sobre el régimen económico matrimonial y su incidencia mercantil", en *RGD*, 1986 págs. 2469 y ss.

II.- EL REGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO

Siguiendo las pautas marcadas por el Derecho comparado, la ley de 13 de mayo de 1981 ha introducido un conjunto de normas (art. 1315-1324), con el valor de disposiciones generales, de las que una parte importante constituye lo que, como se desprende del epígrafe y de las consideraciones hechas previamente¹³, no dudamos en calificar "régimen matrimonial primario"¹⁴.

Como hemos indicado, no todas las normas contenidas en estas "Disposiciones generales" pertenecen al régimen primario. Algunas de ellas (arts. 1315 a 1317) sientan los principios generales a que obedece nuestro régimen económico matrimonial (libertad de pacto, libertad de modificación durante el matrimonio y la sociedad de gananciales como régimen legal supletorio) o la expresión concreta de la no influencia de la condición de cónyuge en las relaciones patrimoniales entre los esposos (art. 1323), y no cabe descartar que, fuera del capítulo, haya otras normas que puedan incluirse en el mismo¹⁵.

El régimen primario contenido en nuestro Código civil se puede definir como

¹³ Véase supra capítulo I, nota 148.

¹⁴ La denominación parece haber adquirido ya carta de naturaleza entre nuestra doctrina. Desde la utilización de la misma por FERNANDEZ CABALEIRO, *El régimen económico-matrimonial legal en Europa*, Madrid, 1969, *passim*, la han aceptado, entre otros, ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, Barcelona, 1989, pág. 149; DE LOS MOZOS, *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy*, I, Valladolid, 1981, pág. 102, y en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XVIII-1, Madrid, 1982, pág. 48; GARCIA CANTERO, en CASTAN, *Derecho civil español, común y foral, V, Derecho de familia*, vol. 1º, Madrid, 1983, pág. 326; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 3ª ed. reimpr. actualizada [por] LUNA SERRANO/RIVERO HERNANDEZ/RAMS ALBESA, Barcelona, 1990, pág. 279, pero ya desde *El nuevo régimen de la familia*, II, Madrid, 1981, págs. 129-130. Abiertamente en contra, CABANILLAS SANCHEZ, "La contratación entre cónyuges", en *ADC*, 1985, págs. 505 y ss., pág. 545; DIAZ-AMBRONA BARDAJI, "La responsabilidad de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica en el sistema del art. 1319 del Código civil", en *AC*, 1988, págs. 641 y ss., págs. 641-643; DIEZ PICAZO, "Disposiciones generales", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, págs. 1492 y ss., pág. 1500.

¹⁵ GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, págs. 328 y 340.

el conjunto de normas, en gran parte imperativas, que disciplinan las relaciones básicas del matrimonio, con independencia de los acuerdos de los cónyuges en orden a su concreto régimen económico matrimonial.¹⁶

1.- La contribución a los gastos de la familia

El primer precepto del régimen primario propiamente dicho es el art. 1318 C.C., relativo "al levantamiento de las cargas del matrimonio".

La previsión legal relativa a la contribución a los gastos de la familia, establecida con carácter general, es una novedad de la ley de 13 de mayo de 1981¹⁷. El nuevo art. 1318 C.C. fija el deber de contribuir a la cobertura de las necesidades de la familia¹⁸ pero, a diferencia de lo que sucede en el Derecho comparado¹⁹, no

¹⁶ ALVAREZ-SALA WALTER, "Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica y márgenes a la libertad de estipulación capitular", en *RDN*, 1981, págs. 7 y ss., pág. 17; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., págs. 48-49; GIMENEZ DUART, "La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981", en *RDN*, 1981, págs. 73 y ss., pág. 76; LACRUZ (-SANCHÓ), *Elementos...*, IV, cit., pág. 279. Refiriendo la imperatividad a todas las normas, GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 326.

Posición análoga adoptó el legislador italiano, estableciendo expresamente el carácter imperativo e inderogable de determinadas normas. Por el contrario, en el sistema francés todas las normas del régimen primario son imperativas.

¹⁷ En el sistema anterior sólo, con carácter excepcional, se precisaba la existencia de la obligación de contribuir y se indicaba la forma de contribución cuando había administración independiente de determinados bienes. Véase MIRALLES GONZALEZ, "El deber de contribución a las cargas del matrimonio. Constante matrimonio", en *RJC*, 1987, págs. 583 y ss., págs. 588-589.

¹⁸ Sobre el contenido de las "cargas" del matrimonio véanse ABELLO MARGALEF, "Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales", en *RDP*, 1982, págs. 802 y ss.; ALBALADEJO, *Curso...*, IV, cit., págs. 149-151; DELGADO ECHEVERRÍA, *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, 1974, pág. 344; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XVIII-3, Madrid, 1985, pág. 373; GIMENEZ DUART, "Cargas y obligaciones del matrimonio", en *RDP*, 1982, págs. 542 y ss.; MONTES PENADES, "Comentario a los arts. 1435 a 1444", en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES y otros, II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 863 y ss., pág. 864-865; MORO ALMARAZ, "Notas en torno a un concepto de cargas familiares en el Código civil español", en *RDP*, 1986, págs. 1020 y ss.; REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio: El régimen convencional de separación de bienes en el Código civil*, Madrid, 1983, págs. 365-386; RUEDA PEREZ y RUEDA

establece nada acerca de cómo ha de distribuirse la responsabilidad entre los patrimonios de los cónyuges²⁰.

Si los cónyuges han convenido la forma de contribución, habrá que atenerse a lo pactado; pactos cuya licitud depende de que se haya respetado "la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge" (art. 1328 C.C.)²¹. Ahora bien, en defecto de pacto serán aplicables las normas propias de cada régimen. Para el de separación, y para el de participación, por remisión del art. 1413 C.C., el art. 1438 C.C. establece que los cónyuges contribuirán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. Para el régimen legal el art. 1362 C.C. pone a cargo de la sociedad de gananciales el sostenimiento de la familia, lo que quiere decir que, habiendo gananciales, son éstos los que contribuyen primero. En ausencia de bienes comunes, la doctrina se inclina por considerar aplicable, como medio de respetar la contribución paritaria de los cónyuges, el criterio de la proporcionalidad del art. 1438 C.C.²².

Los sujetos que pueden originar estos gastos de la familia son los cónyuges y los hijos comunes, así como los hijos de uno solo de los esposos, si conviven en el hogar (art. 1362-1º C.C.), y que son, al mismo tiempo, los sujetos obligados por el deber de contribución (arts. 1318, 154-1º y 155-2º C.C.), lo que genera una

PEREZ, "Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones en la sociedad de gananciales tras la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981", en *RDP*, 1982, págs. 556 y ss.

¹⁹ Cfr. arts. 214 C.C. francés, 1360 BGB, y 143, párr. 3º C.C. italiano.

²⁰ Conformes con la no especificación, DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., págs. 101-102, y MORO ALMARAZ, "Notas en torno a un concepto de cargas...", cit., pág. 1030. A favor de una explicitación, LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 80, seguido por GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 330.

²¹ ALVAREZ-SALA WALTER, "Aspectos imperativos...", cit., págs. 23, 24 y 26.

²² DIEZ PICAZO, "Disposiciones generales", cit., pág. 1501; GIMENEZ DUART, "La organización económica...", cit., pág. 85; HERRERO GARCIA, "Comentario a los arts. 1318 a 1324", en *Comentario del Código civil*, II, cit., págs. 578 y ss., pág. 580; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 81. En contra, GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 330, para quien, no habiendo gananciales, se aplicará plenamente el art. 1318.

equivalencia entre sujetos obligados y sujetos receptores²³.

La intervención judicial por incumplimiento de un cónyuge determina una ejecución en forma específica y una pretensión de reembolso de la parte que corresponda al esposo que haya abonado los gastos²⁴. El juez, a instancia del otro cónyuge, dictará medidas cautelares, cuya falta de tipificación convierte la función del juez en una tarea delicada, debiendo apreciar en cada caso la situación de la familia, para valorar la gravedad de las medidas a tomar y la duración que han de tener las mismas²⁵. El procedimiento a seguir para hacer efectivo el deber de contribución es el previsto en los arts. 1811 a 1824 LEC, a tenor de la Disposición Transitoria 10 de la ley de 13 de mayo de 1981. Esta solución es criticada por la doctrina que reclama el establecimiento de un procedimiento adecuado²⁶.

Por último, el párrafo 3º del art. 1318 establece una atribución de responsabilidad en materia de *litis expensas*²⁷.

2.- El ejercicio de la potestad doméstica

La ley de 2 de mayo de 1975 dejó al acuerdo de los esposos el reparto de funciones en la vida doméstica (art. 66 C.C.), y la ley de 13 de mayo de 1981 completa esa norma. El primer párrafo del art. 1319 recoge el derogado art. 66, el segundo establece las pautas para saber qué bienes quedan comprometidos por los actos de gestión doméstica realizados por el marido o la mujer solos, y el tercero establece una norma para hacer efectivo el principio de equilibrio entre las distintas masas patrimoniales.

²³ MIRALLES GONZALEZ, "El deber de contribución...", cit., págs. 598-599.

²⁴ DIEZ PICAZO, "Disposiciones generales", cit., pág. 1510.

²⁵ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., págs. 107-108.

²⁶ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., pág. 106; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 84.

²⁷ Un análisis y crítica de la norma pueden verse en DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., págs. 108-110, y HERRERO GARCIA, *ob. cit.*, pág. 582.

El poder que concede a cada esposo el art. 1319 C.C. parece indisponible, ya sea por voluntad de uno de los cónyuges, que no podría, unilateralmente, extinguir la potestad doméstica de su consorte, ni renunciar a la propia, ya sea por acuerdo de ambos²⁸.

Presupuesto de la aplicación del art. 1319 es la existencia de una familia, lo que suscita la idea de un hogar común, ocupado por un matrimonio legítimo²⁹. El art. 102 C.C. previene el cese de la potestad doméstica por ministerio de la ley con sólo presentar la demanda de separación. Por ello es lógico también que al desaparecer la comunidad de vida por la separación de hecho definitiva del matrimonio, no la meramente accidental del art. 87 C.C.³⁰, no tenga fundamento la potestad doméstica, no siendo, en consecuencia, aplicable el párrafo segundo³¹.

El carácter imperativo del segundo párrafo del art. 1319 se explica por su significación protectora de la seguridad del tráfico³². Los terceros han de poder esperar que, cuando uno de los cónyuges contrae una deuda en el ejercicio de la potestad

²⁸ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 283. En contra, CANO MARTINEZ DE VELASCO, *La renuncia a los derechos*, Barcelona, 1986, pág. 288.

²⁹ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 282. A favor de la extensión a otras situaciones de convivencia con independencia de la relación de parentesco DIAZ-AMBRONA BARDAJI, "La responsabilidad de los cónyuges...", cit., pág. 650.

³⁰ "El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los arts. 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente. La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de análoga naturaleza".

³¹ ALVAREZ-SALA WALTER, "Aspectos imperativos...", cit., pág. 40 en nota, seguido por HERRERO GARCIA, *ob. cit.*, pág. 584. En contra, aunque se manifiesta dubitativamente, DIAZ-AMBRONA BARDAJI, "La responsabilidad de los cónyuges...", cit., pág. 656.

³² ALVAREZ-SALA WALTER, "Aspectos imperativos...", cit., pág. 38. Critica la mayor protección otorgada a los acreedores y considera conveniente la supresión del contenido del art. 1319 C.C. DIAZ-AMBRONA BARDAJI, "La responsabilidad de los cónyuges...", cit., págs. 657-658.

doméstica, entra en juego la responsabilidad indicada en el precepto. La distribución de funciones entre los esposos no resta al otro legitimación para atender las necesidades de la familia. El tercero puede confiar en la legitimación de cada uno de ellos para comprometer los bienes comunes y privativos del otro cónyuge cuando externamente el acto es adecuado para atender las necesidades ordinarias de la familia, por más que en la esfera interna el acto puede resultar excesivo³³. La actuación excesiva no produce efectos externos, sino meramente internos, por lo que los acreedores siguen amparados por el régimen específico de responsabilidad del art. 1319, párr. 2º³⁴.

El Código civil no limita la clase de negocio jurídico con el que se procede a la cobertura de las necesidades de la familia³⁵, pero sí precisa que ha de tratarse de necesidades ordinarias de la familia en relación a los usos y circunstancias de la misma. Esta limitación ha llevado a la doctrina a considerar que debe tratarse de gastos que no sean excesivos de acuerdo a los usos y posición de la familia³⁶, es decir, gastos usuales, entendiendo que éste es un concepto relativo dependiente de los usos sociales, locales y familiares³⁷.

En virtud del art. 1911 C.C. deudor único y responsable del pago es el cónyuge que realiza el acto, por lo que los acreedores podrán hacer efectivos sus créditos dirigiéndose contra su patrimonio. Pero cuando la deuda se ha contraído en el ejercicio de la potestad doméstica, el art. 1319 C.C. aumenta la garantía de los acreedores al disponer que de dichas deudas responden solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contrae la deuda y, subsidiariamente, los del otro esposo. Es evidente que

³³ GORDILLO, "La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia", en *ADC*, 1982, págs. 1111 y ss., pág. 1151.

³⁴ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 285.

³⁵ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 285.

³⁶ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., pág. 115.

³⁷ GOMEZ LAPLAZA, *De los bienes parafernales*, cit., pág. 642; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 285; MIRALLES GONZALEZ, "El deber de contribución...", cit., pág. 611; REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., págs. 478.

la responsabilidad solidaria de los bienes comunes y los del cónyuge que contrae la deuda sólo puede darse en los regímenes comunitarios, lo que, por otra parte, previene expresamente el art. 1365-1º C.C., en sede de gananciales; precepto que ha sido calificado de inútil y superfluo³⁸.

Muchas son las observaciones críticas hechas por la doctrina a este segundo párrafo del art. 1319. Aquí nos basta con señalar que, apartándose del modelo de la solidaridad adoptado en el Derecho comparado³⁹, el legislador español, al introducir el adverbio "subsidiariamente", ha optado, quizá sin saberlo, por la responsabilidad mancomunada⁴⁰, con lo que una regla de contribución tomó la apariencia de una regla de responsabilidad⁴¹.

Por último, el párrafo 3º contempla el momento en que la obligación contraída ya ha sido satisfecha y regula sus consecuencias al establecer que el que ha adelantado dinero propio tiene derecho a ser reintegrado.

3.- Regulación genérica del consentimiento dual

El régimen jurídico de los actos en que un cónyuge debe actuar con el consentimiento del otro está recogido en el actual art. 1322 C.C., cuyo antecedente es el art. 65 C.C. red. dada por ley 2 de mayo de 1975. El art. 65 decía: "cuando la ley

³⁸ DIAZ-AMBRONA BARDAJI, "La responsabilidad de los cónyuges...", cit., pág. 655; GARRIDO CERDA, "Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro", en *AMN*, XXV, págs. 143 y ss., pág. 173, y MATA PALLARES, "Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada", en *AMN*, págs. 327 y ss., pág. 340.

³⁹ Cfr. arts. 220 C.C. francés y 1357-II BGB, y para la afirmación doctrinal en el Derecho italiano, véase, por todos, CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, de Cicu-Messineo, Milano, 1979, pág. 40; no obstante, una defensa de la teoría de la responsabilidad subsidiaria puede verse en DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, págs. 24 y 271.

⁴⁰ Sobre las imprecisiones técnicas de este párrafo, objeto de duras y merecidas críticas, véase, por todos, la minuciosa disección que realiza DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., págs. 122-123.

⁴¹ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 286.

requiera para actos determinados que cada uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos". Hay, sin embargo, una diferencia importante entre ambos preceptos. En el art. 65 antiguo se hablaba de manera muy general de actos, mientras que el 1322 habla concretamente de actos de administración y disposición.

Aun cuando el precepto se refiere a actuación "sin consentimiento del otro", parte de la doctrina considera que la norma es aplicable también cuando se exige la actuación conjunta de los esposos⁴².

La doctrina discute, desde un punto de vista teórico, si la anulabilidad establecida en el precepto es la sanción más adecuada en una hipótesis de legitimación conjunta o en la de una infracción de un precepto legal. En pura teoría estas hipótesis llevan a la nulidad radical y absoluta. Pero lo cierto es que el texto del art. 1322 es muy claro: los actos pueden ser anulados, están legitimados para ello el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido y sus herederos, y se permite la confirmación expresa o tácita⁴³. En definitiva, la lógica del precepto está en la defensa del interés del cónyuge y por ello no debe aplicarse la nulidad radical y absoluta⁴⁴.

La sanción de la anulabilidad se limita a los supuestos en que el consentimiento del otro cónyuge es requerido en su calidad de tal. Por el contrario, la norma no entra en juego cuando, en un régimen separatista, los cónyuges son cotitulares de un bien. La codisposición no deriva de su cualidad de cónyuges, sino de la de copropietarios

⁴² DIEZ PICAZO, "Disposiciones generales", cit., pág. 1509; HERRERO GARCIA, *ob. cit.*, pág. 594.

⁴³ DIEZ PICAZO, "Disposiciones generales", cit., pág. 1509; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 289.

⁴⁴ En contra CANO TELLO, *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, Madrid, 1981, pág. 25, a cuyo juicio "la nueva redacción del Código civil incurre en una grave imprecisión técnica al considerar anulables los actos a título oneroso realizados por un cónyuge sin el consentimiento de su consorte, ya que esto supone admitir la validez de los mismos mientras no sean impugnados, lo cual nos parece de todo punto inadmisibile".

y serán de aplicación las normas de los arts. 392 y ss.⁴⁵. Además, el art. 1322 debe ceder ante los pactos capitulares pues, a estos efectos, las estipulaciones contenidas en los capítulos matrimoniales pueden asimilarse a las normas legales⁴⁶.

El precepto no especifica la forma en que ha de prestarse el consentimiento. El Tribunal Supremo, en sentencias de 6 de diciembre de 1983, 5 de mayo de 1986 y 20 de febrero de 1988, ha entendido que puede ser expreso o tácito, siempre que, naturalmente, pudiera inferirse de actos inequívocos, suficientes para acreditar ese plus de voluntad complementario del acto dispositivo.

La acción de anulación está sometida a un plazo de caducidad, a tenor del último párrafo del art. 1301 C.C., red. dada por ley de 2 de mayo de 1975.⁴⁷

Respecto a la situación del tercero contratante, se ha dicho que la misma puede ser digna de especial protección cuando ignoraba que la persona con la que contrató estaba casada o cuando, expresa o tácitamente, el acto se supeditó a la confirmación, señalando que en el primer caso puede entenderse que el tercero dispone de una acción de nulidad por error en las cualidades de la persona con quien contrató y en el segundo, si la espera es superior a lo razonable, el acto será resoluble⁴⁸. Tomando como parámetro la protección de la vivienda familiar, se propone un margen mayor de protección del tercero: "lo que vale para la disposición de la vivienda, o sobre los derechos que en ella se tengan, vale, una vez más, *a pari* si no *a fortiori* para los actos de administración y disposición de bienes no tan elementalmente necesarios"⁴⁹.

El último párrafo del art. 1322 sanciona con la nulidad los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro

⁴⁵ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., págs. 145-147.

⁴⁶ ALVAREZ-SALA WALTER, "Aspectos imperativos...", cit., pág. 18; HERRERO GARCIA, *ob. cit.*, pág. 595.

⁴⁷ Cfr. STS. de 8 de junio de 1989.

⁴⁸ DIEZ PICAZO, "Disposiciones generales", cit., pág. 1510.

⁴⁹ GORDILLO, "La protección de los terceros...", cit., pág. 1156,

cónyuge. La norma es calificada de superflua ya que, si se refiere a los gananciales, es una repetición del art. 1378 C.C., y si son bienes comunes sometidos a las normas de los arts. 392 y ss. C.C., la ineficacia está prevista en dichas normas (art. 399 C.C. en relación con el art. 624 C.C.)⁵⁰. La doctrina entiende que en este caso se exige rigurosamente la codisposición y, no existiendo, la sanción es la nulidad absoluta y no cabe confirmación, siendo necesaria una nueva realización del acto con la participación de ambos esposos⁵¹.

La sanción de la anulabilidad es también la prevista como medida protectora de la vivienda familiar. En efecto, el art. 1320 C.C., en línea con las previsiones existentes en el Derecho comparado⁵², ha introducido una limitación a la disponibilidad de la vivienda habitual y de los muebles de uso ordinario de la familia, limitación consistente en que cuando el derecho sobre ellos pertenezca a uno solo de los cónyuges, para disponer de él se requiere no sólo la voluntad de su titular, sino también el consentimiento de su consorte, y, en su defecto, autorización judicial. Faltando el consentimiento o la autorización, el acto es anulable.

El art. 1320 C.C. concluye diciendo que la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe. En este sentido, la existencia de circunstancias de notoriedad o indicios de cognoscibilidad objetivos pueden llegar a descalificar la buena fe del adquirente, cuando, pudiendo conocerlos, alega desconocerlos de hecho⁵³. En todo caso, si el adquirente es de buena fe, el cónyuge, como perjudicado, tendrá derecho a indemnización⁵⁴.

⁵⁰ HERRERO GARCIA, *ob. cit.*, pág. 596.

⁵¹ ALBALADEJO, *Curso...*, IV, cit., pág. 162; DIEZ PICAZO, "Disposiciones generales", cit., pág. 1510.

⁵² Cfr. arts. 215 C.C. francés y 1369 BGB.

⁵³ GORDILLO, "La protección de los terceros...", cit., págs. 1137-1139.

⁵⁴ DIEZ PICAZO, "Disposiciones generales", cit., págs. 1506-1507; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 293.

4.- El derecho de predetracción del cónyuge supérstite

El nuevo art. 1321 C.C. contiene el reconocimiento de las ventajas o derechos de supervivencia que, respondiendo a una tradicional consideración hacia el viudo, tienen su antecedente inmediato en la redacción originaria de los arts. 1374 y 1420 C.C. La novedad del precepto radica en que abarca un conjunto relativamente valioso de objetos (ropas, mobiliario y enseres que constituyen el ajuar de la vivienda habitual común) y en que el derecho nace con independencia de cuál sea el régimen matrimonial concreto.

El derecho consiste en la adquisición de los bienes a que el precepto se refiere por ministerio de la ley (art. 609 C.C.) y que tiene lugar de forma automática, *ipso iure*, como consecuencia de su propia naturaleza⁵⁵. Se trata de una norma del régimen primario, inderogable por voluntad de las partes⁵⁶.

5.- La prueba de la titularidad de los bienes

El nuevo art. 1324 C.C., que debe ponerse en relación con sus complementarios en régimen de gananciales, art. 1361 C.C., y en los de separación y participación, art. 1441 C.C.⁵⁷, recogiendo la técnica de la confesión de la dote (antiguos arts. 1344 y 1345 C.C.) aunque el juego de los intereses sea distinto⁵⁸, dispone que: "para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges".

⁵⁵ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., págs. 136-137.

⁵⁶ ALBALADEJO, *Curso...*, IV, cit., pág. 158; ALVAREZ-SALA WALTER, "Aspectos imperativos...", cit., págs. 21-22; DE LOS MOZOS, *Comentario...*, XVIII-1, cit., págs. 136 y 138. En contra, admitiendo la derogación, LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 294.

⁵⁷ Véase infra apdo. V, 1.3.

⁵⁸ La situación anterior a la reforma puede verse en GAVIDIA SANCHEZ, *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, Madrid, 1987, págs. 125-137; 138-155; 166-170 y 184-195.

La confesión de privatividad sólo tiene propiamente sentido cuando recae sobre bienes presuntamente comunes y no tendrá virtualidad cuando no exista incertidumbre sobre la pertenencia del bien a uno u otro esposo. Por tanto, cuando hay constancia de que el bien es común o propio del confesante, su manifestación no altera la situación, ya que la confesión no es un negocio traslativo de dominio, sino un medio de prueba⁵⁹.

El requisito objetivo de la confesión, aparte de su posibilidad y licitud (arts. 1232 y 1233 C.C.), lo constituyen hechos personales y contrarios al interés del confesante⁶⁰. No obstante, se ha dicho que el art. 1324 posibilita que la confesión recaiga tanto sobre hechos como sobre situaciones jurídicas, es decir, son posibles la confesión probatoria y el negocio jurídico de reconocimiento⁶¹. La confesión sólo tiene virtualidad constante matrimonio o cuando, disuelto éste, aún no se haya liquidado la sociedad de gananciales. Los requisitos formales dependerán de la clase de confesión: judicial, extrajudicial, *inter vivos* o *mortis causa*. La judicial conforme a los arts. 1235 C.C. y 589 LEC; la extrajudicial puede ser hecha oralmente y por escrito, aunque hay manifestaciones en torno a la conveniencia de que conste en documento⁶², y la contenida en testamento estará sujeta a los requisitos formales de éste⁶³.

El art. 1324 reconoce a la confesión la eficacia de ser prueba bastante entre cónyuges y sus herederos no legitimarios, a los que vinculan los actos propios de su causante. En consecuencia la presunciones de comunidad (arts. 1361 y 1441 C.C.) quedan desvirtuadas en las relaciones entre cónyuges, o entre uno de ellos y los herederos del otro, o entre los herederos de ambos, de manera que el bien dejará de tener la consideración de común y pasará a ser tratado como propio del favorecido por

⁵⁹ AVILA ALVAREZ, "El régimen económico matrimonial en la reforma del Código Civil", en *RCDI*, 1981, págs. 1373 y ss., págs. 1384-1385; GAVIDIA SANCHEZ, *La confesión...*, cit., págs. 74-75.

⁶⁰ GAVIDIA SANCHEZ, *La confesión...*, cit., págs. 93-99.

⁶¹ DIEZ PICAZO, "Disposiciones generales", cit., pág. 1513.

⁶² HERRERO GARCIA, *ob. cit.*, pág. 600.

⁶³ GAVIDIA SANCHEZ, *La confesión...*, cit., pág. 111.

la confesión⁶⁴. Por tanto, durante la vigencia de la sociedad conyugal el cónyuge del confesante podrá realizar por sí solo los actos de administración y disposición. Sin embargo, a la disolución de la sociedad por fallecimiento del confesante, y antes de la liquidación, el funcionamiento del art. 1324 C.C. puede verse complicado, cuando concurren legitimarios del confesante, por el art. 95-4 RH que dice que el cónyuge "necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia". No obstante la norma reglamentaria, la mayoría de la doctrina considera que no hay razón para impedir que el viudo o sus herederos sigan disponiendo por sí solos, pues no sería lógico tratar a la confesión peor que a la donación entre cónyuges que no precisa este consentimiento⁶⁵.

En cuanto a la eficacia de la confesión respecto a los acreedores⁶⁶, el art. 1324 indica que ésta por sí sola no les perjudica. La norma sólo puede referirse a los acreedores cuyos créditos sean anteriores a la confesión; si sus créditos son posteriores deberán soportar la eficacia de la misma, salvo que prueben que es falsa y, si encubre una donación, que fue realizada en fraude de sus derechos⁶⁷. La determinación del no perjuicio a los acreedores ha de hacerse a la vista del régimen económico concreto. En régimen de gananciales, y tratándose de deudas por las que responden directamente los bienes comunes, el problema surge si el deudor es el confesante. Los acreedores sólo podrán aprehender los bienes confesados cuando no exista otra forma de satisfacer su crédito, y si procede la aplicación del art. 1373 C.C. –embargo sobre bienes gananciales

⁶⁴ GAVIDIA SANCHEZ, *La confesión...*, cit., pág. 159.

⁶⁵ CAMARA ALVAREZ, "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", en *ADC*, 1986, págs. 339 y ss., pág. 455; GAVIDIA SANCHEZ, *La confesión...*, cit., págs. 162 y 234-237; LACRUZ, "Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario", en *AAMN*, XXVI, págs. 333 y ss., págs. 348-350; OLIVARES JAMES, "Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo art. 1324 del Código civil", en *AAMN*, XXV, págs. 279 y ss., págs. 320, 325-326.

⁶⁶ Sobre la eficacia respecto a los legitimarios del confesante véase GAVIDIA SANCHEZ, *La confesión...*, cit., págs. 166-183.

⁶⁷ GAVIDIA SANCHEZ, *La confesión...*, cit., pág. 197; GIMENEZ DUART, "La organización económica ...", cit., págs. 117-118.

por deudas privativas de un cónyuge-, si el embargo se solicita sobre bienes confesados, sólo procederá tras haber agotado todas las posibilidades de satisfacer sus créditos. Únicamente entonces podría impugnarse la confesión sin tener que probar su falsedad y amparándose solamente en la presunción de ganancialidad⁶⁸. En los regímenes de separación o participación, cuando el deudor sea el confesante, sus acreedores podrán embargar los bienes cuya titularidad ostente y su cuota de los comunes, pero sólo podrán impugnar la confesión, al amparo de la presunción de indivisión del art. 1441 C.C., una vez agotadas las posibilidades de satisfacer sus créditos por cualquier otro medio⁶⁹.

Se ha dicho que quizá esta interpretación es perjudicial para los acreedores, por los retrasos que impone a la realización de sus créditos⁷⁰, pero si el acreedor se dirige directamente contra los bienes confesados, la acción quedaría enervada por el señalamiento de otros bienes bastantes del deudor o de la comunidad⁷¹ y por la demostración del carácter privativo de los bienes embargados⁷².

III.- LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

1.- Consideraciones generales

Cual sea el modelo normativo del que procede el sistema de la libertad de pacto capitular es objeto de divergencias doctrinales⁷³. No obstante, lo que aquí nos

⁶⁸ GAVIDIA SANCHEZ, *La confesión...*, cit., págs. 200-202.

⁶⁹ GAVIDIA SANCHEZ, *La confesión...*, cit., pág. 203.

⁷⁰ GAVIDIA SANCHEZ, *La confesión...*, cit., págs. 203-204.

⁷¹ GIMENEZ DUART, "La organización económica...", cit., pág. 118.

⁷² CAMARA ALVAREZ, "La sociedad de gananciales y el Registro...", cit., pág. 453.

⁷³ Para COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, 2, Madrid, 1975, pág. 769 y GULLON BALLESTEROS, "Comentario al art. 1315", en *Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975*, II, Madrid, 1977, págs. 1067 y ss., pág. 1067, tiene su origen en un principio propio de los derechos forales, al que, por otra parte, hace referencia expresa la Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 (Apdo. IV, párr. 2º). Para LACRUZ la regulación de la libertad de pacto nace en el Proyecto de 1851 por influencia del Código de Napoleón y sin relación con los derechos forales, LACRUZ (-SANCHO),

interesa es su adopción por el legislador español.

La modificación de los arts. del Código civil dedicados a las capitulaciones matrimoniales (arts. 1325 a 1334, antes 1315 a 1326) llevada a cabo por la ley de 13 de mayo de 1981 constituye la segunda etapa del proceso iniciado en 1975. La derogación de la inmutabilidad de las capitulaciones fue una "de las más trascendentales reformas introducidas en el Código civil por la Ley de 2 de mayo de 1975"⁷⁴. Las causas que justifican esta modificación son varias: la crítica general de la doctrina a la regla de la inmutabilidad⁷⁵, la reforma del Título Preliminar del Código civil⁷⁶, y una concesión a las aspiraciones feministas hacia una mayor equiparación de los cónyuges y autonomía de la mujer⁷⁷. La modificación ha sido acogida positivamente por la doctrina, entendiendo que puede constituir un buen cauce para la regulación de los problemas económicos del matrimonio, especialmente en situaciones de crisis⁷⁸. No obstante, el sistema establecido en 1975 ha sido criticado sobre la base de que no protege suficientemente los intereses de los terceros y de los acreedores⁷⁹.

La ley de 1981 es menos importante que la de 1975 en lo que a capitulaciones se refiere; mantiene el principio de mutabilidad e introduce algunas novedades parciales. Así en el art. 1325 se regula el contenido de las capitulaciones de forma más

Elementos..., IV, cit., pág. 306.

⁷⁴ GULLON BALLESTEROS, *ob. cit.*, pág. 1067.

⁷⁵ Véase, por todos, AMOROS GUARDIOLA, "De las capitulaciones matrimoniales", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., págs. 1515 y ss., pág. 1516.

⁷⁶ Véase GULLON BALLESTEROS, *ob. cit.*, págs. 1076-1068.

⁷⁷ TORRALBA SORIANO, "Comentario al art. 1319", en *Comentarios a las reformas del Código civil...*, II, cit., págs. 1072 y ss., pág. 1085.

⁷⁸ Véase, por todos, GULLON BALLESTEROS, *ob. cit.*, pág. 1068.

⁷⁹ LETE DEL RIO y ALVAREZ CAPEROCHIPI, "Notas sobre 'mutabilidad' del régimen económico matrimonial en el Derecho común", en *RDP*, 1977, págs. 163 y ss., pág. 166; MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores", en *RCDI*, 1982, págs. 47 y ss., págs. 48-50; VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Madrid, 1982, X, y págs. 41-48.

completa que en el art. 1315 red. 1975; en el art. 1328 se establece como límite de la autonomía capitular el respeto a la igualdad de derechos de los cónyuges; en el art. 1329 se permite que el menor pacte el régimen de participación o separación sin necesidad del consentimiento y concurso de sus padres o tutor; el nuevo art. 1334 señala el plazo de un año para determinar que las capitulaciones dejen de surtir efecto si el matrimonio no se contrae en ese periodo de tiempo, y el art. 1335 remite a las reglas generales de los contratos para disciplinar la invalidez de las capitulaciones, señalando al mismo tiempo la inoponibilidad de las consecuencias de la anulación frente a terceros.

2.- Contenido, extensión y límites

El principio de la libertad de pactos capitulares está recogido en el art. 1315 C.C.: "el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales".

Las capitulaciones son un negocio de Derecho de familia mediante el cual los cónyuges o los futuros cónyuges, según que los capítulos se otorguen antes o durante el matrimonio, establecen las reglas relativas a su régimen económico matrimonial o cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio. Pero también son un negocio jurídico complejo en el que se pueden incluir infinidad de cláusulas y pactos de muy diverso contenido.

El contenido típico de las capitulaciones está constituido por las estipulaciones relativas al régimen económico matrimonial. En este sentido los cónyuges pueden regular con detalle el régimen matrimonial, designarlo por su nombre, dejando su regulación al intérprete, remitirse a los modelos previstos por el legislador, introducir modificaciones en cualquiera de ellos, e incluso simplemente excluir el régimen legal sin pactar nada, en cuyo caso regirá la separación de bienes (art. 1435, 2º C.C.)⁸⁰.

El hecho de ser un acto complejo ha planteado la duda de si los actos que figuren en los capítulos matrimoniales deben ser de naturaleza exclusivamente

⁸⁰ Véase, por todos, DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., pág. 82.

patrimonial. Para unos han de ser de índole económica⁸¹, para otros tienen cabida aspectos personales⁸². En todo caso, no constituye pacto capitular el convenio regulador contemplado en los arts. 81, 1º, 85 *in fine*, 90 y 103 C.C., porque tal convenio, o tiene como fin regular relaciones familiares no matrimoniales –al haber mediado divorcio–, o disciplina una situación anormal del matrimonio que probablemente desembocará en su disolución.

La libertad de estipulaciones tiene su contrapunto en las limitaciones genéricas del art. 1255 C.C. y en las específicas señaladas en el art. 1328 C.C.: que no sean contrarias a las leyes o a las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de derechos que corresponda (*rectius* corresponde)⁸³ a cada cónyuge.

La prohibición de estipulaciones depresivas de la igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge es una aplicación concreta del principio constitucional de igualdad y no discriminación (arts. 14 y 32 CE)⁸⁴. El problema se plantea al aplicar esta limitación a los casos concretos. La doctrina ha examinado una serie de pactos que parecen chocar con la idea de igualdad de derechos entre cónyuges.

Constitución del régimen dotal. Se entiende que es incompatible con el art.

⁸¹ AMOROS GUARDIOLA, "De las capitulaciones...", cit., pág. 1520.

La regulación de los aspectos exclusivamente patrimoniales es la solución adoptada por los ordenamientos francés (véase supra capítulo I, nota 181) y alemán (véase supra capítulo II, apdo. B) II, 1).

⁸² DIEZ PICAZO, "Comentario al art. 1318", en *Comentarios a las reformas del Código civil...*, II, cit., págs. 1070–1071, pág. 1071; TORRES ESCAMEZ, "Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales", en *RCDI*, 1978, págs. 963 y ss., pág. 967.

⁸³ El empleo del subjuntivo en el art. 1328 es fruto de la trasposición del que figuraba en el primitivo art. 1316, en el que al aludir a "la autoridad que corresponda" a cada cónyuge, apuntaba exactamente, no sólo a una diversidad de potestades que entonces era consecuencia inevitable y rígida de la diferencia de sexos, sino al resultado, además, de una distribución de competencias variable de familia a familia, de modo que en cada una ostentaban marido y mujer funciones y facultades distintas dentro de los límites legales, quedando justificado, pues, el empleo del subjuntivo. Ahora, hablar de la igualdad que "corresponda" tiene escaso sentido, véase LACRUZ (–SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 319.

⁸⁴ ALVAREZ-SALA WALTER, "Aspectos imperativos...", cit., pág. 10.

1328 ya que implica la dejación por un cónyuge de todos los poderes económicos en manos del otro. En cambio, sí es válido el pacto por el que se confiere una liberalidad individualizada de carácter dotal⁸⁵.

A la vista del art. 1375 C.C., primacía de los pactos capitulares sobre la regla de la administración y disposición conjuntas, un sector doctrinal considera válida la estipulación capitular por la que se confiere la administración y disposición de todos los bienes, o de parte de ellos, a uno solo de los esposos⁸⁶. Otro sector no lo admite, por estar en contra de la igualdad de derechos, al no existir reciprocidad, afirmando, en cambio, la validez de un pacto de concesión de un poder revocable para administrar y disponer⁸⁷.

En cuanto a la administración y disposición por un cónyuge de los bienes privativos del otro, la doctrina considera que es mucho más evidente que en los casos anteriores que se trata de un pacto limitativo de la igualdad de derechos, lo que no quita para que sea válido un poder revocable para administrar y disponer de tales bienes⁸⁸.

La contravención de los límites señalados se sanciona con la nulidad absoluta del pacto capitular. Se trata de nulidad parcial ya que sólo es nulo el pacto concreto contrario a los límites establecidos. La declaración de nulidad produce una laguna

⁸⁵ ALVAREZ-SALA WALTER, "Aspectos imperativos...", cit., pág. 16; AMOROS GUARDIOLA, "De las capitulaciones...", cit., pág. 1543; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 319; PEREZ SANZ, "Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales", en *AMN*, XXVI, págs. 7 y ss., pág. 21.

⁸⁶ AVILA ALVAREZ, "El régimen económico matrimonial...", cit., pág. 1376; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., pág. 206; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 320; PEREZ SANZ, "Límites a la autonomía de la voluntad...", cit., pág. 30; QUILEZ ESTREMER, "La libertad capitular y los arts. 1328, 1320 y otros del Código civil", en *RCDI*, 1982, págs. 361 y ss., pág. 371.

⁸⁷ ALVAREZ-SALA WALTER, "Aspectos imperativos...", cit., págs. 12-14 y 17-18; AMOROS GUARDIOLA, "De las capitulaciones...", cit., págs. 1544-1545.

⁸⁸ ALVAREZ-SALA WALTER, "Aspectos imperativos...", cit., pág. 14; AMOROS GUARDIOLA, "De las capitulaciones...", cit., pág. 1546; AVILA ALVAREZ, "El régimen económico matrimonial...", cit., pág. 1375.

jurídica en cuanto a esa norma pactada que es nula; la solución habrá que buscarla en la integración de las capitulaciones con los principios propios del régimen pactado, siempre que sean válidos, o en la aplicación analógica de otras normas legales en la medida en que puedan entrar en juego⁸⁹.

Desaparecido el texto del antiguo art. 1317 C.C., que prohibía pactar de una forma general, la sumisión al régimen legal de alguno de los Derechos forales, no parece haber ahora inconveniente para ello, y lo mismo valdría respecto a cualquier legislación extranjera. Y, derogada la inmutabilidad de los capítulos, tampoco hay problema en aceptar que las capitulaciones queden sometidas a condición o término, pues su prohibición, antes de 1975, respondía a que mediante la condición o el término se podía producir un cambio de régimen constante matrimonio⁹⁰.

3.- Tiempo y forma

Como es sabido, la ley de 2 de mayo de 1975 consagró el principio de la mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales y del régimen económico matrimonial, siguiendo así las directrices marcadas en el Derecho comparado⁹¹. Esto determina que los capítulos pueden otorgarse en cualquier momento, tanto antes como después de celebrado el matrimonio (art. 1326 C.C.), supeditándose la validez de las modificaciones a la asistencia y concurso de las personas que intervinieron como otorgantes si viviesen y la modificación afectase a derechos concedidos a tales personas (art. 1331 C.C.).

⁸⁹ AMOROS GUARDIOLA, "De las capitulaciones...", cit., pág. 1547.

⁹⁰ DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho civil, IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1988, pág. 158; GOMEZ-FERRER SAPIÑA, "Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código civil", en *RCDI*, 1978, págs. 493 y ss., págs. 496-497; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 321.

⁹¹ La ley de equiparación jurídica de 1957, siguiendo el criterio del BGB (art. 1432), mantiene la regla de la mutabilidad en el nuevo art. 1408 BGB; la ley francesa de 1965 lo introduce en el art. 1397 del Código civil, y el legislador italiano lo consagra con la ley de 1975, en el art. 163, párr. 3º del Codice civile, reformado por la ley de 10 de abril de 1981, que suprimió la necesaria autorización judicial para proceder a la modificación.

Para el otorgamiento de pactos postnupciales no se exige que haya transcurrido un determinado lapso temporal, como establece el art. 1387 del Código civil francés⁹². Ello ha planteado la duda de si una regulación tan permisiva no acarreará en la práctica nuevos problemas⁹³. Se ha defendido que esta ausencia de plazo no es criticable, alegándose que su establecimiento plantea más inconvenientes que ventajas, pues la determinación de un largo plazo, 2 años en el Derecho francés, representa un serio obstáculo ya que durante ese periodo de tiempo pueden producirse acontecimientos que aconsejen cierta rapidez en el cambio o la modificación⁹⁴.

Un importante sector doctrinal pone de relieve los problemas que puede plantear el cambio de régimen, concretamente cuando se pasa de un régimen comunitario a uno separatista. Problemas de seguridad en el conocimiento del régimen vigente en cada momento por parte de quienes contratan con los cónyuges y deben quedar afectados por ese estatuto económico, de adecuada publicidad del mismo, y de no perjuicio o fraude a terceros por la modificación del régimen⁹⁵. El Tribunal Supremo, por su parte, sin dejar de reconocer el peligro apuntado, concede un papel relevante a la función protectora del art. 1317 C.C. –respeto a los derechos adquiridos–⁹⁶.

En lo que a la forma se refiere, para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública (arts. 1327 y 1280,3º C.C.). La doctrina y la jurisprudencia son unánimes en cuanto a la naturaleza constitutiva de aquélla⁹⁷. El formalismo de las

⁹² Véanse, AUBRY & RAU, *Droit civil français*, T. VIII, par PONSARD, Paris, 1973, pág. 213, y POISSON, "Le changement de régime matrimonial", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1969, págs. 469 y ss.

⁹³ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII–I. cit., pág. 196.

⁹⁴ CABANILLAS SANCHEZ, "Comentario a los arts. 1325 a 1336", en *Comentario del Código civil*, II, cit., págs. 602 y ss., pág. 604.

⁹⁵ AMOROS GUARDIOLA, "De las capitulaciones...", cit., págs. 1533–1534; MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico...", cit., págs. 69–86.

⁹⁶ Sentencias de 15 de mayo de 1986, 4 de mayo de 1987, 21 de junio de 1987, 30 de septiembre de 1987, 17 de noviembre de 1987 y 18 de julio de 1991.

⁹⁷ STS de 10 de junio de 1912; ALBALADEJO, *Curso...*, IV, cit., pág. 140; AMOROS GUARDIOLA, "De las capitulaciones...", cit., pág. 1535; DIEZ PICAZO

capitulaciones se explica porque, al margen de la importancia que en sí mismas revisten, difícilmente podría justificarse un sistema de mutabilidad tan permisivo como el nuestro, sin la limitación temporal o la homologación judicial⁹⁸ vigentes en los derechos francés e italiano⁹⁹, si no se exige, al menos, el otorgamiento de escritura pública¹⁰⁰.

Las capitulaciones que no consten en escritura pública son radicalmente nulas ya que el art. 1327 C.C. condiciona su validez al otorgamiento de la misma.

4.- Publicidad

Las reglas que determinan el régimen económico interesan no sólo a los propios cónyuges, sino también a los terceros que contratan con ellos. En la medida en que el régimen económico matrimonial determina el ámbito de actuación sobre los bienes y de las responsabilidades contraídas, los terceros están interesados en conocer el contenido concreto del régimen a que están sujetas las personas casadas con las que contratan. Para que esto sea posible, es necesario un sistema de publicidad, máxime rigiendo el principio de mutabilidad.

En el Derecho comparado la publicidad del régimen económico matrimonial se ha estructurado en torno a dos fórmulas: unos países, como Alemania, Suiza, Holanda y Portugal, han establecido un registro especial, mientras que otros, como Francia e Italia, se sirven de los registros ya existentes. España sigue esta segunda vía:

y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., págs. 157-158; GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 309; GOMEZ-FERRER SAPIÑA, "Consideraciones sobre las capitulaciones...", cit., pág. 497; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 315; LETE DE RIO y ALVAREZ CAPEROCHIPI, "Notas sobre 'mutabilidad' del régimen...", cit., pág. 180; ROJAS MONTES, "Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones", en *AAMN*, XXVI, págs. 295 y ss., pág. 316, nota 18.

⁹⁸ LETE DEL RIO y ALVAREZ CAPEROCHIPI, "Notas sobre 'mutabilidad' del régimen...", cit., pág. 166. critican duramente la falta de un control judicial, poniendo de relieve que así se facilita el fraude.

⁹⁹ Cfr. arts. 1397 del Código civil francés y 163, párr. 2º del Codice civile.

¹⁰⁰ CABANILLAS SANCHEZ, *ob. cit.*, pág. 605.

tradicionalmente se han venido haciendo constar pactos y atribuciones matrimoniales en el Registro Mercantil, y desde los años 50 da noticia indirecta de ellos el Registro civil, y, en relación a fincas concretas, proporciona algunos informes el Registro de la propiedad.

El planteamiento que hace la ley de 1975 del tema de la publicidad de las capitulaciones está muy claramente expresado en las Palabras de la Exposición de Motivos

La modificación de las capitulaciones matrimoniales exige una especial protección de los intereses generales y de los intereses de los terceros. Esta protección se ha organizado a través de dos fundamentales coordinadas. La primera consiste en el establecimiento de un régimen de publicidad. Las alteraciones de los capítulos y del régimen económico conyugal y sus modificaciones son objeto de publicidad a través del Registro civil, con lo que se han fortalecido preceptos que ya se encuentran en la Ley de ocho de junio de mil novecientos cincuenta y siete. La publicidad registral se produce, además, a través del Registro de la Propiedad, si se trata de bienes inmuebles. Una regla complementaria del sistema de publicidad es la de que la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndola constar el notario en las copias que expida¹⁰¹.

La segunda medida de salvaguardia o garantía es tan natural que no requiere ningún comentario. Consiste en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros¹⁰².

La Ley de Registro civil de 1957 y su Reglamento de 1958, adelantándose a las reformas del Código civil, intentan establecer una publicidad medianamente efectiva del régimen económico del matrimonio, y lo hacen sobre la base de establecer una especie de **indicación** marginal en la inscripción del matrimonio, con un marcado carácter facultativo: "podrá hacerse mención" (art. 77 LRC). Cuando se reforma el Código civil en 1975, resulta que el art. 1322 convierte la indicación en mención –mero cambio de nomenclatura– y, al disponer que "en toda inscripción de matrimonio en el Registro civil se hará mención", lo que en la LRC aparecía como facultativo, en el nuevo precepto recibe una redacción imperativa.

¹⁰¹ Apdo. IV, párr. 4º.

¹⁰² Apdo. IV, párr. 5º.

Antes de seguir adelante nos parece conveniente reproducir el art. 1322 C.C. tal y como fue redactado en 1975, para después señalar las alteraciones introducidas en 1981. Dicho precepto quedó redactado así:

En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubiesen otorgado, así como de los pactos modificativos. Si aquélla o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria.- La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura pública que contenga la anterior estipulación, y el Notario lo hará constar en las copias que expida.- Las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

y la ley de 13 de mayo de 1981 lo altera muy poco. Lo que hace la nueva ley es descomponer el precepto y convertir su párrafo primero en el art. 1317 -irretroactividad de los capítulos modificativos-; el párrafo segundo en el art. 1332 -intervención notarial en las modificaciones de los pactos capitulares-, y el párrafo tercero en el art. 1333 -publicidad de las capitulaciones matrimoniales, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio-.

La conversión de la indicación de la LRC en la mención del C.C. carece de relevancia. De los trabajos preparatorios, especialmente de la discusión en las Cortes, se desprende que el Código "mantiene el régimen de la indicación, como asiento específico y de singular naturaleza, proyectado sobre las capitulaciones matrimoniales originarias o modificadas"¹⁰³. Y, en este sentido, la doctrina se manifiesta unánime: no se trata de un nuevo asiento de inscripción, y no tiene nada que ver con la mención hipotecaria¹⁰⁴.

¹⁰³ AMOROS GUARDIOLA, "Comentario al art. 1322", en *Comentarios a las reformas del Código civil...*, II, cit., págs. 1100 y ss., pág. 1107.

¹⁰⁴ Véanse, por todos, AMOROS GUARDIOLA, "Comentario al art. 1322", cit., pág. 1107; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., pág. 242; LASARTE ALVAREZ, "La publicidad del régimen económico del matrimonio", en *La reforma del Derecho de familia. Jornadas Hispalenses*, Sevilla, 1982, págs. 137 y ss., pág. 149.

Sobre las menciones hipotecarias véase ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*,

El valor de la indicación del art. 77 LRC era muy débil y de carácter simplemente negativo, privando de eficacia a lo no inscrito, pero sin garantizar, como las inscripciones, la veracidad de lo publicado. La Exposición de Motivos de la ley de 1975 dice expresamente que se han fortalecido preceptos que ya se encontraban en la LRC. La cuestión radica en saber en qué consiste ese fortalecimiento. Para un sector minoritario de la doctrina la clave está en el tenor imperativo del art. 1322 C.C. red. 1975 (actual 1333), "se hará mención", que supone la transformación de lo que en la LRC era facultativo en **obligatorio**¹⁰⁵, y, en consecuencia, habría que entender derogado el párrafo 2º del art. 264 RRC, según el cual las indicaciones "sólo se extenderán a petición de interesado". Por el contrario, la posición doctrinal mayoritaria defiende el carácter **facultativo** de la mención, y lo hace sobre la base de dos consideraciones: la indicación no es un requisito constitutivo del acto, y la falta de desarrollo por normas adecuadas del contenido de la obligatoriedad¹⁰⁶, con lo que, a pesar de la forma imperativa del texto legal, con la que el legislador parecía querer decir algo más que el art. 77 LRC, lo cierto es que se ha mantenido el sistema facultativo de la LRC¹⁰⁷. Sin embargo, aun cuando el art. 266 RRC, reformado en 1986, dice expresamente que las indicaciones sobre el régimen económico de la sociedad conyugal "sólo se extenderán a petición del interesado", indirectamente se intenta obligar a efectuarlas, pues su párr. 6º dispone que cuando se quieran inscribir las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico en otros Registros, ha de expresarse el Registro civil, tomo y folio en que consta inscrito o

III, Barcelona, 1954, págs. 369-411.

¹⁰⁵ GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 3112; LASARTE ALVAREZ, "La publicidad...", *cit.*, págs. 140 y 149.

¹⁰⁶ La Dirección General de los Registros y del Notariado declaró, en su resolución de 6 de mayo de 1977, que el sistema del art. 1322 no era obligatorio en sí mismo.

¹⁰⁷ AMOROS GUARDIOLA, "Comentario al art. 1322", *cit.*, págs. 1107-1108; CABANILLAS SANCHEZ, *ob. cit.*, pág. 611; CUTILLAS TORNOS, "Inoponibilidad a terceros de la escritura de capitulaciones matrimoniales que afectan a bienes inmuebles", en *La Ley*, 1985 (4), págs. 1063 y ss., pág. 1064; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, *cit.*, págs. 241-242; DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...IV*, *cit.*, págs. 161-162; GOMEZ-FERRER SAPIÑA, "Consideraciones sobre las capitulaciones...", *cit.*, pág. 498; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, *cit.*, pág. 304; ROJAS MONTES, "Efectos frente a terceros de la modificación...", *cit.*, pág. 319, nota 19.

indicado el hecho, acreditándose los datos exigidos por certificación, el Libro de Familia o por la nota a que se refiere el precepto, y de no acreditarse se suspende la inscripción por defecto subsanable.

Cual sea la eficacia de la mención o indicación fue claramente expuesto hace ya casi 30 años por Lacruz¹⁰⁸, y él mismo actualiza sus palabras: "el efecto de la indicación se limita a la inoponibilidad de lo no inscrito, sin que dicha indicación, referida simplemente a la existencia de ciertas divergencias entre el régimen matrimonial legal y el de un determinado matrimonio, garantice su contenido. Así, pues, si los capítulos fueran nulos, o si la indicación fuera falsa, el hecho de haber sido creada la apariencia en nada protege al adquirente: el régimen que el juzgador habrá de tener en cuenta es, exclusivamente, el que, en efecto, existe. Lo no inscrito es inoponible a "tercero",... el protegido no es el "titular inscrito" (cosa a la que no se presta en absoluto el Registro civil), sino cualquiera que pueda consultar la indicación aun cuando evidentemente él no es titular registral... El tercero debe ser de buena fe –dice el art. 77 LRC–, es decir, desconocedor de la verdadera situación, o de los hechos que han dado lugar a ella"¹⁰⁹.

Aunque es dudoso que el art. 1332 C.C. –intervención notarial en las modificaciones de los pactos– pueda concebirse como una auténtica norma de publicidad del régimen económico matrimonial¹¹⁰, en el art. 266 RRC la expedición de copias por el notario complementa el sistema de publicidad del Registro civil¹¹¹. En relación con la eficacia frente a terceros únicamente se destruirá la posible buena fe de éstos cuando las copias les hubieran sido extendidas a ellos o se demuestre que habían conocido tales copias con la constancia de la modificación¹¹². Ni del art. 1332

¹⁰⁸ *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, págs. 265–266.

¹⁰⁹ LACRUZ (–SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., págs. 305–306.

¹¹⁰ AMOROS GUARDIOLA, "Comentario al art. 1322", cit., pág. 1113; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII–1, cit., págs. 240–241.

¹¹¹ DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 161.

¹¹² DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 163.

C.C., ni del art. 266 RRC, ni de ningún otro precepto cabe deducir la existencia de una obligación del notario autorizante de comunicar al Registro civil la modificación de las capitulaciones¹¹³.

Según el art. 1333 C.C., las capitulaciones y las modificaciones del régimen económico serán objeto de una toma de razón en el Registro de la Propiedad cuando afectan a inmuebles, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria¹¹⁴. El art. 75 LH, reformado por Decreto de 12 de noviembre de 1982, desarrolla, en el ámbito hipotecario, lo dispuesto en el art. 1333 C.C. Del análisis conjunto de ambos preceptos se extrae que el contenido de las capitulaciones no ha de ser publicado, sino que únicamente se tomará razón de las capitulaciones en cuanto constituyen el título que determina el cambio en la titularidad de derechos sobre inmuebles, es decir, cuando constituyen transmisiones o atribuciones de derechos sobre los inmuebles de un cónyuge a otro, o de terceros a favor de cualquiera de ellos, o como complemento de otro negocio dispositivo inscribible para determinar la naturaleza de los bienes a los que afecta y las facultades del cónyuge o cónyuges que disponen de los mismos (arts. 2 LH y 7 RH).

En todo caso, el tercero puede confiar en la pertenencia de los bienes o en el poder de disposición que, en virtud de las capitulaciones matrimoniales, pactos, resoluciones y demás hechos que afectan a inmuebles, publica el Registro de la Propiedad. Aunque el hecho modificativo conste en el Registro de la Propiedad, no perjudicará en cuanto al inmueble al tercero de buena fe (arts. 32 y 34 LH).

Este sistema de publicidad que establece el Código civil ha sido criticado por su carácter limitado, ya que se reduce a las capitulaciones y a los posibles pactos, resoluciones judiciales y demás hechos modificativos del régimen económico del matrimonio. Con ello se establece una vía de publicidad para el régimen convencional, pero no para el régimen legal, y se echa en falta el que no se haya consagrado la

¹¹³ ROJAS MONTES, "Efectos frente a terceros de la modificación...", cit., pág. 321, y RDGR de 6 de mayo de 1977.

¹¹⁴ Sobre la incorrección técnica de la expresión "toma de razón" véanse AMOROS GUARDIOLA, Comentario al art. 1322", cit., pág. 1113, y DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 162.

presunción de que la falta de publicidad de un régimen convencional significa, frente a terceros de buena fe, que el régimen existente es el legal. Presunción que, aunque no aparece expresamente establecida, en buena lógica hay que dar por vigente en nuestro ordenamiento. Pero, habida cuenta de que en materia de Derecho patrimonial de la familia vivimos en un sistema jurídico pluralista, integrado por el Derecho común y los distintos Derechos forales, la determinación del régimen legal no es fácil¹¹⁵, y no cabe propugnar que si no hay constancia alguna se presuma que el régimen vigente es el de la regionalidad del marido¹¹⁶.

En cuanto a la "toma de razón" en el Registro de la Propiedad, la totalidad de la doctrina ha puesto de relieve la ineptitud de este Registro para publicar un régimen matrimonial¹¹⁷. No obstante, se ha dicho que, dentro de su limitado ámbito, es el Registro que ofrece mayor seguridad tanto por su organización como por la costumbre, bastante arraigada, de consultarlo cuando se pretende la adquisición de algún derecho sobre bienes inmuebles¹¹⁸.

Con independencia del sistema establecido en los arts. 1332 y 1333 C.C., el régimen económico conyugal tiene una vía más de publicidad, a través del Registro Mercantil.

En contraste con la escasísima importancia que tiene la publicidad del régimen económico del matrimonio en el sistema originario del Código civil, el legislador mercantil de 1829 ya había previsto un régimen publicitario al respecto.

Ni en el Código del 29, ni en el del 85, ni en el Derecho vigente tras la reforma del Código de Comercio y del Registro Mercantil por la Ley 19/1989 de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas

¹¹⁵ DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 160.

¹¹⁶ LASARTE ALVAREZ, "La publicidad...", cit., pág. 140.

¹¹⁷ Véase, por todos, LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pág. 259.

¹¹⁸ MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico...", cit., pág. 52.

de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades, el Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y el Real Decreto 1597/1989 de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil¹¹⁹, la inscripción del comerciante individual en el RM ha sido constitutiva¹²⁰.

La diferencia entre los Códigos de comercio de 1829 y 1885 radica en que en el primero la inscripción era obligatoria (arts. 1, 11, 12, 17 y 21) y en el segundo facultativa (art. 17 red. originaria y red. por ley de 21 de julio de 1973, y posteriormente art. 69 RRM de 1956), carácter que se mantiene en el Derecho vigente (art. 19.1 C. com.).

En el Código del 29, sobre la base de la inscripción obligatoria, exigir seguidamente la obligatoriedad de la publicación del régimen económico del matrimonio es sumamente sencillo¹²¹. El art. 22 decía que en la segunda sección del registro público de cada capital de provincia "se tomará razón por orden de número y fechas: 1º De las cartas dotaes y capitulaciones matrimoniales que se otorguen por los comerciantes, ó tengan otorgadas al tiempo de dedicarse al comercio, así como de las escrituras que se celebren en caso de restitución de dote"¹²². Esta obligatoriedad se

¹¹⁹ Para una aproximación crítica al significado de la reforma véase GARCIA VILLAVARDE, "La reforma del Registro Mercantil", en *La Ley*, 19 de junio de 1990, págs. 1 y ss.

¹²⁰ Sobre el carácter constitutivo o no de la inscripción en el Código del 29 véanse GIRON TENA, "Concepto del Derecho Mercantil en Derecho español", en *ADC*, 1954, págs. 971 y ss., págs. 973-974 y 983; OLIVENCIA RUIZ, "La inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil", en *RDM*, 1959, págs. 61 y ss., págs. 82-84.

¹²¹ LASARTE ALVAREZ, "La publicidad...", cit., pág. 145.

¹²² Por Real Orden de 12 de febrero de 1850 se resolvió "que las inscripciones de las escrituras dotaes en los registros de comercio de las provincias, se verifiquen espresando únicamente las fechas de las cartas dotaes, de los certificados de inscripción, y del día en que tengan lugar los espresados registros: declarándose al mismo tiempo que las cuestiones acerca del valor legal de estos actos corresponden á los tribunales, y no á la Administración. La toma de razón de las escrituras dotaes y de las capitulaciones matrimoniales tiene por objeto evitar que el comerciante figure más crédito y garantía que el que tiene en realidad".

plasmaba también en otros preceptos. Así en el art. 25 se decía "todo comerciante está obligado á presentar en el registro general de su provincia... las tres especies de documentos de que se hace mención en el art. 22"; el art. 27 establecía que "las escrituras dotales entre consortes que profesen el comercio, de que no se haya tomado razón en el registro general de la provincia, serán ineficaces para obtener la prelación del crédito dotal en concurrencia de otros acreedores de grado inferior"; el art. 1114 declaraba pertenecer a la clase de acreedores de dominio: "los bienes dotales que se conservasen en poder del marido de los que la mujer hubiera aportado al matrimonio, constando su recibo por escritura pública, de que se haya tomado razón en la forma prevenida en el art. 22". Y el art. 30 recalca "además de los efectos que en perjuicio de los derechos adquiridos por los documentos sujetos á la toma de razón, produce la omisión de esta formalidad, incurrirán los otorgantes mancomunadamente en la multa de cinco mil reales vellón, que se les exigirá con aplicación al Fisco, siempre que apareciere en juicio un documento de aquella clase con esta informalidad".

Cuando se promulga el Código de 1885 la inscripción pasa a ser facultativa. Sin embargo, esto no supone un cambio absoluto respecto a la publicidad del régimen de bienes del matrimonio. Los arts. 908 y 909 C. com. 1885 se corresponden con los arts. 1114 y 27 C. com. 1829, y lo mismo sucede con el art. 21 C. com. 1885 respecto al art. 22 C. com. 1829. Por el contrario, lo que sí desaparece del Código del 85 es el art. 30 del Código del 29.

El principio de la voluntariedad de la inscripción del comerciante individual es afirmado por los arts. 17 C. com. y 69 RRM. Sin embargo, el legislador ha tratado de estimular la inscripción a través de las ventajas que la misma puede reportar al comerciante y que se niegan a los que no se inscriben. El comerciante no matriculado no podrá pedir la inscripción de ningún documento en el Registro Mercantil ni aprovecharse de sus efectos legales (arts. 18 C. com. y 69 RRM).

Dejando a un lado los temas de licencia marital, veamos cómo queda el tema de la publicidad del régimen matrimonial de los comerciantes casados, materia regulada en los arts. 21-9º, 27 y 28 C. com. y en los arts. 76-7º, y 78 a 81 RRM.

El art. 21-9º C. com., reformado en 1975, establece que en la hoja de cada

comerciante se anotarán: "las capitulaciones matrimoniales, así como, en su caso, las escrituras dotal y los títulos que acrediten la propiedad de los bienes propios del cónyuge del comerciante"¹²³. Este precepto tiene su complemento en los arts. 26 C. com. y 2 RRM, que recogen el principio de que lo no inscrito no perjudica a terceros. A la vista de estos preceptos, los pactos capitulares que no figuren en el Registro Mercantil no podrán ser opuestos a los terceros que se prevalgan del régimen legal. Todo el que contrata con un comerciante y adquiere un derecho de crédito podrá ignorar las capitulaciones si pretenden alegarse en perjuicio suyo¹²⁴, sistema en el que encaja perfectamente el nuevo art. 12 C. com. que supedita la preponderancia de las capitulaciones matrimoniales a que éstas hayan sido debidamente inscritas en el Registro Mercantil.

El art. 21 C. com., procedente del art. 22 C. com. 1829, "contempla una situación legal en la cual los bienes del marido se consideraban formando una sola masa con los gananciales, gobernados todos por él con los mismos poderes absolutos de administración y disposición. Legalmente el patrimonio de la mujer –bienes parafernales– quedaba en manos de ésta; el marido no tenía derecho a administrarlo, pero de hecho solía hacerse cargo de él. La dote sí pasaba a poder del marido, quien, por tanto, había de restituirla al acabar el matrimonio o separarse judicialmente los cónyuges, y lo mismo con los bienes parafernales que la mujer le hubiese entregado solemnemente en administración. Faltando bienes dotal y parafernales, a menos que se probare su perecimiento por caso fortuito, la mujer recuperaba su importe con preferencia a los restantes acreedores del marido y de la comunidad. Por tanto, a los acreedores del marido les importaban los posibles derechos y créditos privilegiados de la mujer, que se antepondrían a los suyos, y para ese fin se ordenaba la inscripción en el Registro Mercantil como presupuesto de la preferencia uxoria"¹²⁵.

Una vez operada la reforma del Derecho patrimonial de la familia en 1981, desaparecida la dote y no siendo ya el marido dueño de la comunidad, la finalidad del

¹²³ La redacción originaria del precepto se refería a "los bienes parafernales de las mujeres de los comerciantes".

¹²⁴ LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pág. 261.

¹²⁵ LACRUZ (–SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 301.

art. 21-9º C. com. de individualizar ciertos bienes e incluso créditos y liberarlos de la responsabilidad por las deudas del cónyuge comerciante no dueño persiste en la nueva situación de igualdad de los esposos y de gestión conjunta de la comunidad en relación con la reforma de los arts. 6 y ss. C. com. en 1975, que hizo responder de las resultas del comercio ejercido por uno de los cónyuges "los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas". En consecuencia los bienes muebles aportados al matrimonio o recibidos gratuitamente durante el mismo o los que adquieren los cónyuges con fondos o bienes privativos por subrogación, o los créditos contra la masa ganancial, se hallan en una situación equivalente a los antiguos parafernales y dotaes de la mujer¹²⁶.

El art. 27 C. com. dispone que "las escrituras dotaes y las referentes a bienes parafernales de la mujer del comerciante, no inscritas en el Registro Mercantil, no tendrán derecho de prelación sobre los demás créditos.- Exceptúanse los bienes inmuebles y los derechos reales inscritos a favor de la mujer en el Registro de la Propiedad con anterioridad al nacimiento de los créditos concurrentes". Este precepto no es una excepción al principio general de que lo no inscrito no perjudica a tercero, y no está destinado a dejar sin eficacia el art. 26 C. com.¹²⁷, sino que contempla un caso particular en el que la mujer es acreedora del marido, para privar a aquélla de un privilegio que tenía con arreglo al Derecho común (conozcan o no los terceros la realidad de su aportación)¹²⁸.

Este régimen se completa con la norma de los arts. 28 C. com. y 79 RRM que previenen la inscripción a instancia de parte interesada para el caso de la mujer casada con un comerciante inscrito o no inscrito que quiera inscribir sus bienes dotaes, parafernales o capitulaciones matrimoniales. En este punto, y hasta la reforma de 1989, hay que tener en cuenta la reducción operada con la supresión del régimen dotal.

A partir de las reformas de 1989 la situación vigente queda así: se mantiene el

¹²⁶ Véase LACRUZ (-SANCHO), *Elementos*., IV, cit., pág. 302.

¹²⁷ MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico...", cit., pág. 53 lo considera "redactado como una excepción al principio registral básico del art. 26".

¹²⁸ LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pág. 262.

régimen del comerciante individual, es decir, inscripción potestativa (art. 19.1 C. com.); el art. 22 C. com. establece la inscripción en la hoja de cada empresario individual de las capitulaciones matrimoniales y, en consonancia con el art. 1333 C.C., de las sentencias firmes en materia de nulidad, de separación y divorcio; la inscripción a instancia de parte interesada, de los comerciantes casados, sale del Código de comercio, pero se mantiene en el art. 88.3 RRM, bilateralizando la norma a tenor del principio de igualdad que informa el derecho patrimonial de la familia y refiriéndola "a los casos y a los efectos de los arts. 6 a 10 del Código de comercio", y el art. 92 RRM establece que la inscripción primera de personas casadas expresará, además de las circunstancias enunciadas en el art. 90 RRM, el régimen económico del matrimonio legalmente aplicable o el que resulte de capitulaciones otorgadas e inscritas en el Registro civil.

El hecho de que el art. 92 RRM diga que la inscripción primera expresará "el régimen económico del matrimonio legalmente aplicable o el que resulte de capitulaciones otorgadas e inscritas en el Registro civil" supone un importante paso adelante. La manifestación expresa del régimen concreto que gobierna el matrimonio de un comerciante es más reveladora y eficaz que la mera consignación de que se han otorgado pactos capitulares, cuyo contenido, tal y como sucede en el régimen del Código civil, no se expresa. A esto hay que añadir que el art. 92 RRM resuelve las dificultades existentes en el Derecho anterior para la publicación de los regímenes legales de separación, pues ya no es necesario acudir a la vía indirecta del último inciso del antiguo art. 79 RRM: "el comerciante podrá añadir cualquier otra circunstancia que considere conveniente"¹²⁹.

El último periodo del art. 92 RRM, "que resulte de capitulaciones otorgadas e inscritas en el Registro civil", está en consonancia con el párr. 6º del art. 266 RRC, con el que, como hemos visto, se pretendía dar una mayor efectividad al sistema de publicidad previsto en el Código civil. Ahora bien, careciendo de sentido la aplicación de sanciones a la falta de inscripción del comerciante individual, no teniendo carácter coactivo la norma que impide al comerciante no inscrito inscribir nada para que sea

¹²⁹ Véase CAMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1977, pág. 70, nota 41, seguido por MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico...", cit., págs. 53-54.

oponible a terceros (art. 19. 1 C. com.)¹³⁰, y siendo suficiente para las necesidades de esos comerciantes la publicidad de hecho, no carece de lógica el que no se produzcan inscripciones de empresarios individuales, dado que nadie está dispuesto a asumir un gasto sin contrapartidas¹³¹. Y si al desinterés existente se le suma la imposición de verificar, como trámite previo a la inscripción en el Registro Mercantil, la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en el Registro civil, no nos cabe duda de que no se puede augurar un incremento en el número de inscripciones de empresarios individuales.

Una última cuestión que nos plantea la reforma es la combinación entre inscripción en el Registro y publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, consecuencia necesaria de la adaptación de nuestras normas al Derecho de la CEE, en concreto a la Primera Directriz de sociedades¹³², en la que aparece la normativa registral comunitaria. Esta conexión, inscripción-publicación, puede incidir negativamente en la seguridad del tráfico, y por ello ha sido calificada de "especialmente perturbadora"¹³³.

El párr. 4º del art. 3 de la Directriz dice que los actos e indicaciones que son objeto de la obligación de inscribir serán objeto de publicación en el Boletín nacional designado por los Estados Miembros. A continuación el párr. 5º dispone que los actos e indicaciones sólo serán oponibles a los terceros después de la publicación a que se refiere el párr. 4º, y el párr. 6º afronta la discordancia entre lo inscrito y lo publicado.

Pues bien, los arts. 21 C. com. y 9 RRM recogen el sistema impuesto por la

¹³⁰ La falta de inscripción no lleva aparejada la prohibición de que el empresario legalice sus libros, ni de que deposite y se publiquen sus documentos contables (MORAN BOVIO, "El empresario y su actividad como objeto del Registro Mercantil", en JIMENEZ SANCHEZ y otros, *Derecho Mercantil*, cit., págs. 93 y ss., pág. 102).

¹³¹ GARCIA VILLAYERDE, "La reforma del Registro Mercantil", cit., pág. 5.

¹³² 68/151/ CEE, *J.O.L.* 65 de 14 de marzo de 1968.

¹³³ GARCIA VILLAYERDE, "La reforma del Registro Mercantil", cit., pág. 5, pero ya desde "El Registro Mercantil español ante el régimen de la publicidad de las sociedades en el derecho Comunitario", en *La Ley, Comunidades Europeas*, 31 de diciembre de 1985, págs. 1 y ss., pág. 2.

Primera Directriz: "los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil" y " en caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuera favorable". Y el art. 386 RRM, remitiendo a sus arts. 351 a 357, dice qué datos se publican en el Boletín.

Según el art. 351-6º RRM se ha de publicar el régimen económico matrimonial. Y precisamente porque el RRM dispone que lo que se ha de publicar es el régimen matrimonial aplicable y no la mera constancia de que se han otorgado capitulaciones matrimoniales, nos parece bastante difícil que puedan producirse discordancias entre lo publicado y lo inscrito, lo que no significa que descartamos radicalmente esta eventualidad; además, dada la preocupación por que se actualice la estructura tecnológica de los Registros Mercantiles, no cabe descartar "una mala pasada de los duendecillos de la informática".

Vistos los sistemas de publicidad existentes, no podemos por menos que constatar, si no su inoperancia, lo cual quizá sería excesivo, sí, al menos, su manifiesta insuficiencia.

IV.- LA CONTRATACION ENTRE CONYUGES

La Exposición de Motivos del Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979 dice

Cabe, además, señalar como aspectos sociales y económicos de relieve en la regulación que se adopta, la nueva libertad de los cónyuges para celebrar entre sí cualesquiera contratos, incluidas las donaciones¹³⁴

y la ley de 13 de mayo de 1981, teniendo en cuenta lo perseguido con este Proyecto, establece una norma totalmente permisiva de la contratación entre cónyuges (art. 1323 C.C), y no se limita a suprimir las concretas prohibiciones, lo cual es criticado por algunos autores¹³⁵. No obstante, dada la larga tradición en contra¹³⁶, otros autores

¹³⁴ ESPAÑA. CORTES GENERALES, *Código Civil (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios*, I, cit., pág. 172.

¹³⁵ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., pág. 162; GARCIA

destacan la oportunidad de la norma¹³⁷.

El importante cambio que ha supuesto en nuestro ordenamiento jurídico el art. 1323 C.C. se debe a que, siguiendo el camino iniciado por la Ley de 2 de mayo de 1975, la de 13 de mayo de 1981 ha tenido en cuenta el principio constitucional de la igualdad (arts. 14 y 32 CE), lo que se traduce en el plano jurídico en la libertad e independencia de marido y mujer (art. 66 C.C. red. por ley de 7 de julio de 1981). La norma contenida en el art. 1323 C.C. es de libertad¹³⁸, pues no indica otra cosa que los cónyuges tienen plena autonomía para contratar entre sí, de igual manera que pueden hacerlo con un tercero¹³⁹.

Del texto del art. 1323 C.C. se desprende que los cónyuges pueden celebrar entre sí cualquier tipo de contrato, con independencia de que su causa sea onerosa, gratuita o remuneratoria, ya que no se establece ningún tipo de distinción en el precepto, que simplemente dispone que el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. En esta misma línea es lógico entender que el objeto del contrato celebrado entre cónyuges pueden constituirlo: cualquier tipo de bienes, muebles o inmuebles, con independencia de cuál sea la calificación que merezcan según las reglas del régimen económico del matrimonio, siempre que estén dentro del comercio de los hombres, o todo tipo de servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1271 C.C.)¹⁴⁰.

CANTERO, *ob. cit.*, pág. 339; HERRERO GARCIA, *ob. cit.*, pág. 596.

¹³⁶ Sobre el sistema anterior a la reforma pueden verse HERRERO GARCIA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., y GOMEZ DE ENTERRIA GUTIERREZ, "La contratación entre cónyuges, en el Código civil y en los Derechos especiales", en *RJC*, 1978, págs. 599 y ss.

¹³⁷ ALBALADEJO, *Curso... IV*, cit., pág. 162; CABANILLAS SANCHEZ, "La contratación entre cónyuges", cit., pág. 539; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 280.

¹³⁸ DIEZ PICAZO, "Disposiciones generales", cit., pág. 1512.

¹³⁹ CABANILLAS SANCHEZ, "La contratación entre cónyuges", cit., pág. 540.

¹⁴⁰ DIEZ PICAZO, "Disposiciones generales", cit., pág. 1512.

Se ha dicho que la libertad de contratación no puede ser suprimida por los cónyuges en virtud de acuerdos privados, aunque consten en capítulos, pues es una norma incardinada en el régimen primario, lo que determina su carácter imperativo¹⁴¹. A nuestro juicio es cuestionable que la norma del art. 1323 C.C. sea de régimen económico matrimonial, a pesar de su colocación sistemática. Ya hemos señalado que esta norma es la expresión concreta de la no influencia de la condición de cónyuge en las relaciones patrimoniales entre los esposos¹⁴². E igualmente nos parece dudoso el carácter imperativo del precepto, pues el art. 1328 C.C., relativo a las limitaciones a la libertad de pactos, no va a impedir la validez de un pacto por el que los esposos renuncien de consuno a celebrar contratos entre sí¹⁴³.

El art. 1323 C.C. no ha establecido ningún límite específico a la contratación entre cónyuges, lo que ha suscitado duras críticas que advierten el grave peligro de fraude a terceros (acreedores y legitimarios), la posible captación de voluntad de uno de los cónyuges por el otro, y la posibilidad de que pueda modificarse de forma indirecta el régimen económico del matrimonio¹⁴⁴.

Sin embargo, para otro sector doctrinal, la condición de casados de los contratantes no permite deducir *a priori* la existencia de mayores peligros de lesión de los intereses de terceros o del propio cónyuge; intereses que son protegidos por normas que son de aplicación general en el ámbito contractual: arts. 636, 1291 a 1297

¹⁴¹ GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 340.

¹⁴² Así lo entienden DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, cit., pág. 162; DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 95.

¹⁴³ En este sentido, es decir, renunciabilidad, CANO MARTINEZ DE VELASCO, *La renuncia a los derechos*, cit., pág. 288. En contra, CABANILLAS SANCHEZ, "La contratación entre cónyuges", cit., pág. 545.

¹⁴⁴ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-1, págs. 161-165; MARTINEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, I, Madrid, 1983, págs. 209-212; OLIVARES JAMES, "Los contratos traslativos de dominio...", cit., pág. 291, y VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio...*, cit., págs. 70-75, autor, este último, que se muestra partidario de la prohibición absoluta de las liberalidades y contratos entre cónyuges (*ob. cit.*, pág. 70).

y 1300 y ss. C.C.¹⁴⁵; el hecho de que el art. 1323 C.C. se exprese en términos tan permisivos no determina que nuestro ordenamiento admita que pueda modificarse el régimen matrimonial a través de vías distintas de las que señala el legislador, es decir, sin respetar las reglas de fondo y de forma de los arts. 1325 y ss C.C.¹⁴⁶, y los contratos entre cónyuges no tienen por qué alterar, por principio, el régimen económico del matrimonio, y en el hipotético caso de que supusieran tal alteración, se aplicarían los requisitos que para la validez de los capítulos exige el Código civil¹⁴⁷.

No obstante, la libertad de contratación entre cónyuges encontrará unos límites en las reglas por las que han de regirse los bienes del matrimonio, es decir, en las estipulaciones de carácter estatutario.

En todo caso, no parece oportuno mirar con excesiva prevención cada contrato que celebren entre sí los cónyuges, sospechándose siempre que existe fraude a terceros, vicio del consentimiento de uno de los esposos o modificación encubierta del régimen económico matrimonial, tal y como parecen dar a entender algunos autores que tienen constantemente presente el fantasma de la actuación colusoria de los cónyuges¹⁴⁸.

No es éste el lugar para proceder a un análisis de todos y cada uno de los contratos que los esposos pueden celebrar entre sí¹⁴⁹, pero sí queremos, no obstante, detenernos en el caso concreto de las sociedades entre cónyuges, ya que tiene una especial incidencia en los temas de sometimiento de una persona casada a los procedimientos de ejecución colectiva.

¹⁴⁵ HERRERO GARCIA, *ob. cit.*, pág. 597.

¹⁴⁶ DIEZ PICAZO, "Disposiciones generales", *cit.*, pág. 1512.

¹⁴⁷ CABANILLAS SANCHEZ, "La contratación entre cónyuges", *cit.*, pág. 549; HERRERO GARCIA, *ob. cit.*, pág. 597.

¹⁴⁸ MARTINEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia, I*, *cit.*, pág. 210; OLIVARES JAMES, "Los contratos traslativos de dominio...", *cit.*, pág. 293; VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio...*, *cit.*, pág. 68.

¹⁴⁹ Un análisis de determinados supuestos puede verse en CABANILLAS SANCHEZ, "La contratación entre cónyuges", *cit.*, págs. 553-584; HERRERO GARCIA, *ob. cit.*, págs. 597-598; OLIVARES JAMES, "Los contratos traslativos de dominio...", *cit.*, págs. 301-310.

En lo que a las sociedades civiles se refiere, aunque el art. 1677 C.C.¹⁵⁰ no ha sido reformado, lo que a nuestro juicio es innecesario pues la prohibición venía dada por la, ahora inexistente, nulidad de las donaciones entre cónyuges (antiguo art. 1334 C.C.) y no por el art. 1677, es indudable que tras la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1981 no existen obstáculos para que los cónyuges constituyan una sociedad universal. En cuanto a la sociedad particular entre cónyuges, no hay ninguna novedad. Al prohibirse solamente a los cónyuges la constitución de sociedades universales (arts. 1677 y 1334 C.C.), ya antes de la reforma, es decir, cuando regía el principio de la inmutabilidad de las capitulaciones y vigente la prohibición de donaciones entre cónyuges, se admitía, con carácter general, la licitud de la sociedad particular entre cónyuges¹⁵¹.

En lo que a las sociedades mercantiles se refiere, y antes de distinguir según el tipo de sociedad de que se trate, merece la pena reproducir uno de los más certeros planteamientos del tema: "Antes de la Ley de 2 de mayo, el tema de la Sociedad entre cónyuges (solos o participando en la sociedad otras personas) giraba en torno a la existencia de dos estratos, de Derecho de Familia uno y de Derecho Mercantil otro, que difícilmente podían interrelacionarse. Había una Sociedad, pero sociedad de Derecho de Familia, la de gananciales, en la cual los intereses patrimoniales aparecían ligados a una jerarquización de fines, intereses y posiciones personales, en función de una determinada concepción del matrimonio. Esto ha cambiado fundamentalmente. Parece que los motivos de objeción por aquel concepto, a la Sociedad entre cónyuges, en general, habrían desaparecido. Coadyuva en la misma dirección –y al mismo tiempo potencia los nuevos problemas– el hecho de que se ha formulado una libertad de configuración de la sociedad conyugal, al margen de la legal de gananciales, que alcanza a la responsabilización de los patrimonios de marido, mujer y común, en relación con la actividad mercantil, que origina dificultades muy notables (arts. 1315, 1320 y 1322 nuevos del Código Civil y 12 nuevo del C. de C.). La situación igualitaria familiar de los cónyuges y esta libertad patrimonial, difícilmente pueden

¹⁵⁰ "No pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja".

¹⁵¹ Véanse CABANILLAS SANCHEZ, "La contratación entre cónyuges", cit., pág. 565; GOMEZ DE ENTERRIA GUTIERREZ, "La contratación entre cónyuges...", cit., pág. 627; HERRERO GARCIA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pág. 476.

permitir conservar los viejos argumentos"¹⁵².

La validez de una sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges con bienes gananciales fue rechazada por la RDGR de 16 de marzo de 1959¹⁵³.

Tras las leyes de 1975 y 1981, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en sus resoluciones de 6 y 13 de junio de 1983, ha considerado plenamente válidas las sociedades de responsabilidad limitada constituidas por los cónyuges, aunque aporten bienes gananciales. Estas dos resoluciones consideran inscribibles en el Registro Mercantil sendas escrituras de constitución de sociedades de responsabilidad limitada en las que los únicos socios son marido y mujer, y sus respectivas aportaciones a la sociedad se concretan en bienes presuntivamente gananciales, y lo hacen sobre la base de los siguientes argumentos: 1) que han desaparecido, por las reformas legales de 1975 y 1981, los obstáculos que se oponían a su constitución y hacían referencia a la posibilidad de eludir el entonces principio de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales o a la dejación de los poderes que correspondían al marido como tal, o a la existencia de una donación entre cónyuges; 2) que la sociedad con aportación de bienes presuntivamente gananciales por ambos cónyuges, ya reconocida en la RDGR de 5 de julio de 1982, es uno de los medios que mejor se adapta a una colaboración igualitaria de los dos cónyuges; 3) que, en virtud del principio de subrogación real, las participaciones sociales de las que son titulares ambos esposos ocuparán el lugar de los bienes gananciales aportados a la sociedad y quedarán sujetos, junto con el resto del patrimonio, a la responsabilidad universal por las obligaciones contraídas (art. 1911 C.C.); 4) y que no se puede privar a dos personas, por el hecho de estar casadas entre sí, de poder realizar los actos que a cualesquiera otras les está permitido, toda vez que el art. 1323 C.C. ha superado las antiguas restricciones a la contratación entre cónyuges, y que en consecuencia puedan

¹⁵² GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, I, cit., pág. 195.

¹⁵³ Véanse, BEAUS CODES, "Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles", en *AMN*, XXVI, págs. 235 y ss., pág. 254; CABANILLAS SANCHEZ, "La contratación entre cónyuges", cit., págs. 567-570; CAMARA ALVAREZ, *Estudios...*, I, cit., págs. 633-636; HERRERO GARCIA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., pág. 478.

gozar –como todos– del beneficio de la limitación de responsabilidad que se puede lograr en nuestro Derecho, mediante la constitución del tipo de sociedad que la confiera.

Así pues, la aportación por los cónyuges de bienes gananciales a una SRL es perfectamente admisible y no determina una modificación del régimen matrimonial. El afectar determinados bienes comunes en la constitución de una sociedad no es más que una operación de inversión que procurará el incremento de dichos bienes; las adquisiciones efectuadas con ellos, las ganancias o beneficios que se obtengan durante la vida de la sociedad, o los bienes que en el momento de la disolución de la misma hayan de volver a su procedencia originaria, mantendrían el carácter ganancial de las aportaciones originarias¹⁵⁴.

En cuanto a la sociedad anónima de la que forman parte los cónyuges, ya con anterioridad a la ley de 2 de mayo de 1975, la RDGR de 4 de noviembre de 1969 no había puesto obstáculos a la constitución por los cónyuges, en unión con otras personas (art. 10 LSA 1954 y art. 14 LSA 1989), de una sociedad anónima en la que ambos esposos aporten bienes gananciales. En la mencionada resolución se decía que ni la constitución de la sociedad, ni la forma en que se han suscrito las acciones vienen a cambiar el régimen económico matrimonial, ni a suponer una alteración del patrimonio ganancial ni de los patrimonios privativos.

Aun cuando esta resolución se refiere a la concurrencia de tres patrimonios, hay que entender que la alusión es a personas, tal y como se desprende del art. 10 LSA 1951 (art. 14 LSA 1989), que al consignar que el número de fundadores no podrá ser inferior a tres, hace referencia al inciso anterior, que habla expresamente de "personas que otorguen la escritura social y asuman las acciones"¹⁵⁵; idea recogida, con mejor

¹⁵⁴ BEAUS CODES, "Sociedad de gananciales...", cit., págs. 256–258; CABANILLAS SANCHEZ, "La contratación entre cónyuges", cit., págs. 570–571; HERRERO GARCIA, *Contratos onerosos entre cónyuges*, cit., págs. 477 y 480.

¹⁵⁵ Véase, por todos, GIRON TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas (Según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Valladolid, 1952, pág. 93.

razonamiento, en la RDGR de 5 de julio de 1982¹⁵⁶.

En lo que a las sociedades de responsabilidad ilimitada se refiere, no era trasvasable a nuestro Derecho la prohibición existente en el Derecho francés, cuyo art. 1832-1 C.C. red. por Ley de 4 de enero de 1978 –procedente de la Ordenanza de 1958– prohibía, hasta su reforma y ampliación por el art. 50 de la Ley de 23 de diciembre de 1985¹⁵⁷, que los cónyuges fueran de forma conjunta, indefinida y solidariamente, responsables de las deudas sociales, pues por esa vía se producía una comunicación entre los patrimonios del marido y la mujer contra el régimen económico matrimonial, especialmente cuando es el de separación de bienes, ya que la actividad del órgano social, al hacerse efectiva, destruye la separación de bienes de los cónyuges¹⁵⁸; y no era trasladable esta prohibición, porque en Derecho español, cuando un cónyuge es comerciante y el otro no, sólo es posible comprometer los bienes de ambos esposos en la actividad mercantil del otro si media consentimiento expreso del no comerciante (art. 9 C. com.). La participación de ambos en pie de igualdad en una sociedad "supera aquel planteamiento: no se trata ya de comprometer los bienes de uno de ellos, inactivo o pasivo, con la actividad del otro"¹⁵⁹.

V.- ESBOZO DE LOS SISTEMAS REGULADOS POR EL CODIGO CIVIL

En este apartado nos vamos a limitar a exponer de una manera más o menos sucinta y lineal los regímenes de separación y participación, y, en cuanto al régimen de gananciales, nos detendremos en el tema de la conformación de las masas patrimoniales.

Esta diferencia con respecto a la exposición sistemática que hemos realizado de los distintos regímenes económicos existentes en cada uno de los Ordenamientos extranjeros que hemos utilizado, se justifica por dos razones. La primera es la

¹⁵⁶ Reseñada por PAU PEDRON, en *ADC*, 1983, págs. 599-600.

¹⁵⁷ Véase supra capítulo I, apdo. C) V.

¹⁵⁸ Véase RIPERT-ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, I, Paris, 1989, pág. 183.

¹⁵⁹ GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, I, cit., pág., 196.

existencia en nuestro Código de comercio de unas normas específicas que regulan las consecuencias patrimoniales del ejercicio del comercio por personas casadas en régimen de gananciales; normas que se entrecruzan con las del propio régimen de gananciales, lo que aconseja el análisis de éstas últimas desde el planteamiento de la existencia de las primeras. La segunda razón está en la incardinación de la presunción muciana concursal en el Código Civil en sede de separación de bienes; régimen cuya mecánica y especiales dificultades se van poniendo de manifiesto al hilo del análisis de la presunción muciana. De ahí el desglosamiento de los regímenes económicos vigentes en el Derecho español, a los que se dedican los capítulos 8º, 9º y 11º.

1.- La sociedad de gananciales: Estudio en particular de la conformación de las masas patrimoniales

1.1.- Principios rectores

Como es sabido, en el régimen de gananciales coexisten tres masas patrimoniales: la común y las privativas de los cónyuges. La determinación de qué bienes son gananciales y qué bienes privativos se hace sobre la base de cuatro criterios.

El derivado de la naturaleza de la sociedad de gananciales, en virtud del cual, siendo ésta una comunidad de adquisiciones a título oneroso, se consideran comunes las ganancias procedentes de la industria de los cónyuges y las rentas de sus bienes propios; por el contrario, tienen el carácter de privativos todos los bienes aportados al matrimonio, y los adquiridos con posterioridad al mismo a título gratuito.

El principio de subrogación real, que determina que los bienes adquiridos durante el matrimonio, en sustitución de otros bienes, adquieren el mismo carácter, ganancial o privativo, de los bienes empleados en la adquisición o a los que sustituyen.

La atribución del carácter ganancial por voluntad de los cónyuges, novedad introducida por la ley de 13 de mayo de 1981, contenida en el nuevo art. 1355 C.C., destinada a ampliar la esfera de los gananciales, y para la que no se exige ninguna

forma determinada de pacto¹⁶⁰; si bien, con respecto al tiempo, la mayoría de la doctrina pone reparos más o menos matizados a que la atribución de ganancialidad sea posterior al acto de adquisición¹⁶¹. Norma, en definitiva, en la que se reconoce expresamente la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la determinación de la condición de los bienes del matrimonio¹⁶², en concreto su ganancialidad¹⁶³, pero

¹⁶⁰ GAVIDIA SANCHEZ, *La atribución voluntaria de ganancialidad: Análisis crítico del precepto contenido en el art. 1355 del Código civil*, Madrid, 1986, pág. 122; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 403.

¹⁶¹ CASTILLO TAMARIT, "Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales", en *RDN*, 1983, págs. 7 y ss., pág. 22; GAVIDIA SANCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 120; OLIVARES JAMES, "Los contratos traslativos de dominio...", cit., pág. 311; TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., págs. 1582 y ss., pág. 1632. A favor de la atribución posterior DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 174; GIMENEZ DUART, "Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981", en *RCDI*, 1982, págs. 117 y ss., págs. 121-122; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 403; RIBERA PONT, "La atribución voluntaria de ganancialidad del art. 1355 del Código Civil", en *RCDI*, 1983, págs. 1413 y ss., pág. 1426.

¹⁶² CASTILLO TAMARIT, "Aspectos parciales de la reforma...", cit., pág. 21; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 185; DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 174; GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 376; GAVIDIA SANCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., pág. 54; TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", cit., pág. 1630, y RDGR de 14 de abril de 1989. En este mismo sentido pero con una apreciación muy crítica del precepto, al que -junto con el art. 1353 C.C.- califica de señaladamente discordante y entorpecedor y de muy poca utilidad en la práctica, RAMS ALBESA, "La subrogación real en la sociedad de gananciales", en *RDN*, 1984, págs. 297 y ss., pág. 323.

¹⁶³ La previsión expresa de la atribución de ganancialidad ha llevado a plantear si cabría la posibilidad inversa, es decir, la atribución voluntaria del carácter de privativos a bienes que, de suyo, serían gananciales. La doctrina está dividida al respecto. En contra, con argumentaciones más o menos divergentes, GAVIDIA SANCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., págs. 127-128; GIMENEZ DUART, "Los bienes privativos y gananciales...", cit., pág. 121; RAMS ALBESA, "La subrogación real...", cit., pág. 350. A favor, invocando el principio de la libertad de contratación entre los cónyuges, CAMARA ALVAREZ, "La sociedad de gananciales y el Registro...", cit., pág. 430; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 109 y 188; GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 389; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 408; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "Comentario al art. 1355", en *Comentario del Código civil*, II, cit., págs. 667 y ss., pág. 668; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, IV, cit., pág. 143; RIBERA PONT, "La atribución de ganancialidad...", cit., págs. 1432-1433; TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", cit., pág. 1636, y RDGR de 2 de febrero de 1983.

siempre en el entendimiento de que no se trata de una confesión de ganancialidad, es decir, la inversa de la de privatividad del art. 1324 C.C., sino de un acuerdo de voluntades: el acuerdo de atribución ¹⁶⁴.

Y por último, la presunción de ganancialidad del art. 1361 C.C., a la que nos referiremos más adelante.

El Código parte de la idea de que la relación entre las distintas masas patrimoniales que existen en el régimen de gananciales debe estar regida por el principio de equilibrio, es decir, que ninguno de los patrimonios puede enriquecerse en perjuicio y a costa de los otros. A esta idea general responde el nuevo art. 1358 C.C.: "cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importante actualizado al tiempo de la liquidación", al que hay que añadir las alusiones que hacen a la procedencia de los reintegros y reembolsos los arts. 1346, últ. párr.; 1347-4º; 1352; 1359, párr. 2º; 1362-1º; 1364; 1390. 139-2º y 3º; 1398-2º y 3º y 1403 C.C.

Los reintegros y reembolsos representan el cumplimiento de la relación de obligación que media entre dos patrimonios conyugales, es decir, el crédito que corresponda a uno de los cónyuges contra el otro o contra la sociedad, y los de ésta contra los patrimonios privativos¹⁶⁵.

Para que proceda su verificación es preciso demostrar, en beneficio de la masa común, que el numerario ganancial se invirtió en la adquisición de un bien privativo, y cuando se trata del patrimonio privativo, hay que probar que el desembolso corrió a cargo del caudal propio, pero también procederá el reintegro a favor del patrimonio privativo cuando se aporten bienes propios para hacer frente a pagos que son de cargo

¹⁶⁴ Véase, por todos, GAVIDIA SANCHEZ, *La atribución voluntaria...*, cit., págs. 73-80.

¹⁶⁵ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 350.

de la sociedad de gananciales (art. 1364 C.C.)¹⁶⁶.

El art. 1358 C.C., tal y como está redactado, parece dar a entender que los reintegros y reembolsos deben realizarse al tiempo de la liquidación del régimen. La doctrina, sin embargo, se decanta, mayoritariamente, por la exigibilidad de los mismos en cualquier momento (art. 11128 C.C.), pues el Código civil no dice en ningún momento que esas obligaciones quedan aplazadas hasta la disolución¹⁶⁷, lo que pone de manifiesto una profunda diferencia con respecto a la jurisprudencia y doctrina anteriores a la reforma¹⁶⁸ y al Derecho francés, en el que los reintegros han de iniciarse forzosamente sólo a la disolución de la comunidad¹⁶⁹.

Importante novedad en este terreno es la toma de conciencia de la pérdida continuada del valor adquisitivo de la moneda, que se plasma en la concreción legislativa de que, aunque se trata de deudas pecuniarias, los reintegros y reembolsos se toman en cuenta como deudas de valor y deben satisfacerse en función del valor actualizado de las mismas, es decir, en términos reales y no nominales¹⁷⁰.

1.2.– Bienes privativos y gananciales: Enumeración y publicidad

La enumeración legal de qué bienes son gananciales y qué bienes privativos es bastante prolija, lo que, si bien no se puede decir que sea criticado por la doctrina, sí da lugar a que se haya señalado que hubiera bastado con la determinación de qué bienes son gananciales, quedando así delimitados, por exclusión, los bienes

¹⁶⁶ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 197.

¹⁶⁷ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 198-199; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., págs. 350-351; TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", cit., pág. 1645; VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio...*, cit., pág. 246.

¹⁶⁸ Véase LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., págs. 404-405.

¹⁶⁹ Art. 1468 C.C. francés, véase supra capítulo apdo. A) III, 6; apdo. B) IV, 4 y apdo. C) III.

¹⁷⁰ Véase, por todos, LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 352.

privativos¹⁷¹. En lo que a los criterios de clasificación se refiere, éstos son muy diversos aunque con pequeñas variantes¹⁷².

Los **bienes privativos** pueden serlo en virtud de adquisición originaria o derivativa. Son bienes privativos por adquisición originaria los que pertenecían a los cónyuges al comienzo de la sociedad (art. 1346-1º en relación con el art. 1357, párr. 1º); los procedentes de donaciones por razón de matrimonio (art. 1336) y los adquiridos a título gratuito después de celebrado el matrimonio (arts. 1346-2º y 1353, *in fine*). Dentro de los supuestos de adquisición derivativa se pueden distinguir: **a)** por subrogación real: los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos (art. 1346-3º en relación con los arts. 1354 y 1356, párr. 2º); derechos de suscripción preferente y frutos de la enajenación del derecho a suscribir (art. 1352); resarcimiento por daños inferidos a los bienes privativos (art. 1346-6º), y bienes adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges (art. 1346-4º); **b)** por accesión: mejoras realizadas en los bienes privativos (art. 1359, párr. 1º); incrementos patrimoniales incorporados a la empresa privativa del cónyuge no comerciante (art. 1360); **c)** por su inherencia a la persona: bienes y derechos patrimoniales y derechos no transmisibles *inter vivos* (art. 1346-5º); resarcimientos por daños inferidos a la persona de los cónyuges (art. 1346-6º); ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor (art. 1346-7º) e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio (art. 1346-8º).

Los **bienes gananciales** pueden, igualmente, proceder de adquisiciones originarias o derivativas. Son gananciales por adquisición originaria los obtenidos con el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges (art. 1347-1º); los frutos, rentas e intereses que produzcan tanto los bienes gananciales, como los privativos (art. 1347-2º en relación con el art. 1352) y las ganancias de juego o procedentes de otras causas que eximan de restitución (art. 1351). Al igual que en el caso de los bienes privativos, en los casos de adquisición derivativa podemos distinguir: **a)** por

¹⁷¹ Véase, por todos, DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 96.

¹⁷² En este punto aceptamos la clasificación de Castán, puesta al día por GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, págs. 381-401. Otras clasificaciones pueden verse en DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 97-141 y en LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., págs. 489-511.

subrogación real: los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (arts. 1347-3º y 5º y 1354); los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial (art. 1347-4º) y las adquisiciones a plazos, si el primer desembolso ha sido ganancial (art. 1356, párr. 1º); **b)** por accesión: edificaciones, plantaciones y mejoras realizadas en los bienes gananciales (art. 1359, párr. 1º); **c)** por mutuo acuerdo de los cónyuges: las adquisiciones a título oneroso, cualquiera que sea el precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga (art. 1355) y los bienes donados o dejados en herencia conjuntamente y sin especial designación de cuotas, aceptados por ambos esposos (art. 1353); **d)** por afectación a la familia: la vivienda y el ajuar familiares (art. 1357, párr. 2º en relación con el art. 1354); **e)** por presunción legal (art. 1361).

"En la sociedad de gananciales hay un principio social; hay un patrimonio autónomo, pero falta personalidad. Consiguientemente, los derechos sobre fincas han de constar en el Registro de la Propiedad bajo la titularidad *prima facie* de una persona física, es decir, de uno o de los dos cónyuges. Ahora bien, ello no impide que el Registro dé a conocer la adscripción de tales bienes, casi definitiva, o probable o posible, al patrimonio ganancial, el cual será entonces, según el libro, su atributario material, mientras con la persona física se cuenta, de una parte como partícipe en el consorcio, y de otra a los efectos formales de ser el soporte subjetivo de la titularidad registral"¹⁷³.

La normativa vigente es la resultante de la reforma de 12 de noviembre de 1982, muy ampliada en relación con las anteriores y armonizando el régimen registral con la reforma de 1981^{174/175}. El sistema que forman los actuales preceptos es el

¹⁷³ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 378.

¹⁷⁴ La situación anterior puede verse en LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., págs. 461-472, así como, al hilo de la exposición de la situación vigente, en DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 141-148.

¹⁷⁵ El art. 90-2 y 3 RH establece la normativa referente a los regímenes separatistas. Según dicho precepto, "los bienes adquiridos por ambos cónyuges, sujetos a cualquier régimen de separación o participación, se inscribirán a nombre de uno y otro, en la proporción indivisa en que adquieran conforme al art. 54 de este Reglamento", "si el régimen económico matrimonial vigente fuera el de participación se hará constar el consentimiento del cónyuge del disponente si resultare del título y la disposición fuera a título gratuito". Y el art. 54 RH dispone que "las inscripciones

siguiente:

Adquisiciones de ambos cónyuges para la sociedad. Según el art. 93-1 RH, que acentúa la ganancialidad, "se inscribirán a nombre a de marido y mujer, con carácter ganancial, los bienes adquiridos a título oneroso y a costa del caudal común por ambos cónyuges para la comunidad o atribuyéndoles de común acuerdo tal condición o adquiriéndolos en forma conjunta y sin atribución de cuotas. En la misma forma se inscribirán los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario".

A la vista del art. 93-2 RH, "para la inscripción de los actos de administración o disposición, a título oneroso, de estos bienes será preciso que se hayan realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro o con la autorización judicial supletoria", parece que el tratamiento hipotecario de la disposición de estos bienes por título oneroso resulta más riguroso que el civil. Pero esto no es más que la consecuencia del mero traslado literal de los arts. 1375¹⁷⁶ y 1377, párr. 1^o¹⁷⁷ del Código civil, sin tener en cuenta el sistema que resulta del conjunto de la regulación¹⁷⁸.

En cuanto a los actos de disposición a título gratuito, el art. 93-2 RH, en consonancia con el art. 1378 C.C.¹⁷⁹ dispone que "los actos de disposición a título

de partes indivisas de una finca o derecho precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente".

¹⁷⁶ "En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes".

¹⁷⁷ "Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges".

¹⁷⁸ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 146.

¹⁷⁹ "Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso".

gratuito de estos bienes se inscribirán cuando fueren realizados por ambos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos concurriendo el consentimiento del otro".

Adquisiciones de un cónyuge para la sociedad. Según el art. 93-4 RH, "los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges para la sociedad de gananciales se inscribirán, con esta indicación, a nombre del cónyuge adquirente. Para la inscripción de los actos de disposición de estos bienes se estará a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo y para la de los actos enumerados en el apartado 2 del artículo siguiente, se estará a lo que en él se dispone". Este texto responde a una disciplina legal en la que cada cónyuge, unilateralmente y sin la anuencia del otro, puede adquirir bienes gananciales¹⁸⁰.

Bienes adquiridos por un cónyuge sin expresión alguna (o con alegación de ser de carácter privativo, no demostrada). En este caso los bienes siguen estando bajo la presunción de ganancialidad, pero su condición de privativos presenta mayores visos de verosimilitud que en los supuestos anteriores¹⁸¹. Por esta razón el art. 94-1 RH dispone que "los bienes adquiridos a título oneroso por uno solo de los cónyuges, sin expresar que adquiere para la sociedad, se inscribirán a nombre del cónyuge adquirente con carácter presuntivamente ganancial". En cuanto a la gestión de estos bienes, el art. 94-2,3 y 4 RH dispone que "serán inscribibles las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas, las declaraciones de obra nueva sobre ellas, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos realizados por sí solo por el titular registral.— Para la inscripción de los actos de disposición a título oneroso de los bienes inscritos conforme al apartado 1 de este artículo, será necesario que hayan sido otorgados por el titular registral con el consentimiento de su consorte o, en su defecto, con autorización judicial.— Los actos a título gratuito se regirán por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior". Es decir, tratándose de gestiones que no suponen transmisión o gravamen de la finca, y, en general, que no alteran la titularidad sobre ella, la legitimación se concede, en

¹⁸⁰ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 144, nota 93; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 379.

¹⁸¹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 145; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 380.

exclusiva, al titular inscrito. Cuando el acto es de enajenación onerosa, la iniciativa queda reservada al cónyuge titular, no teniendo su consorte más intervención que la de otorgar o negar su consentimiento.

Bienes privativos, en general. Según el art. 95-1 RH, que remite en bloque al art. 1346 C.C. y concordantes, "se inscribirán como bienes privativos del cónyuge adquirente los adquiridos durante la sociedad de gananciales que legalmente tengan tal carácter", y según el art. 95-2 RH, "el carácter privativo del precio o la contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública".

La confesión de privatividad. Según el art. 95-4 RH, "si la privatividad resultare sólo de la confesión del consorte, se expresará dicha circunstancia en la inscripción y ésta se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla. Todos los actos inscribibles relativos a estos bienes se realizarán exclusivamente por el cónyuge a cuyo favor se haya hecho la confesión, quien no obstante necesitará para los actos de disposición realizados después del fallecimiento del cónyuge confesante el consentimiento de los herederos forzosos de éste, si los tuviere, salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia"¹⁸², añadiendo el art. 95-5 RH que "si la justificación o confesión de privatividad se refiere solamente a una parte del precio o contraprestación, la inscripción se practicará a nombre del cónyuge a cuyo favor se haga aquélla en la participación indivisa que se indique en el título y a nombre de uno o ambos cónyuges, según proceda, para su sociedad de gananciales, en la participación indivisa restante del bien adquirido". Y cierra el precepto su apartado 6, según el cual "la justificación o confesión de privatividad hechas con posterioridad a la inscripción se harán constar por nota marginal. No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona"¹⁸³.

¹⁸² Véase lo ya dicho en el apartado II, 5 de este capítulo.

¹⁸³ Sobre este punto puede verse la comunicación de RODRIGUEZ LOPEZ, "El régimen de las aseveraciones de privatividad", en *La reforma del Derecho de familia. Jornadas Hispalenses*, cit., págs. 221-226.

En armonía con el art. 1320 C.C., norma protectora de la vivienda familiar, el art. 91 RH dispone: " 1.- Cuando la ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer sobre derechos de la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene tal carácter¹⁸⁴. 2.- El posterior destino a vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se hagan constar con posterioridad los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado. 3.- La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter ganancial, en aplicación del art. 1357.2¹⁸⁵ del Código civil, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal".

Este cuadro normativo se completa con la **disposición general** del art. 96 RH: "Lo dispuesto en los artículos 93, 94 y 95 se entiende sin perjuicio de lo establecido por la Ley para casos especiales y de lo válidamente pactado en capitulaciones matrimoniales.- Las resoluciones judiciales que afecten a la administración o disposición de los bienes de los cónyuges se harán constar por nota marginal".

En cuanto a la **anotación del embargo sobre alguno de los bienes** que coexisten en el régimen de gananciales, el art. 144 RH dispone: "1.- Para que sea anotable en el Registro de la Propiedad el embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal, incluso cuando uno solo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges o que el embargo ha sido notificado al otro cónyuge no demandado, en el supuesto del párrafo siguiente.- Cuando se persigan bienes comunes, a falta o por insuficiencia de

¹⁸⁴ Este apartado, redactado por Real Decreto 2388/1984, de 10 de octubre, está pensando en los Derechos forales en los que es discutible la vigencia del art. 1320, LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 384.

¹⁸⁵ "Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto a los cuales se aplicará el artículo 1354", precepto que dice: "los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas".

los privativos, por deudas propias de uno solo de los cónyuges, en el supuesto previsto en el art. 1373 del Código civil, bastará que haya sido notificado el embargo al cónyuge no deudor. 2.- Cuando se trate de los bienes inscritos conforme al número 4 del artículo 95¹⁸⁶, el embargo será anotable si la demanda se hubiere dirigido contra el cónyuge a cuyo favor aparezcan inscritos los bienes, sea o no el cónyuge deudor. 3.- Llegado el caso de enajenación de los bienes embargados, se cumplirá lo pertinente de los artículos 93 y siguientes de este Reglamento¹⁸⁷. 4.- Disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos. 5.- Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para el embargo de vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que la demanda ha sido notificada al cónyuge del titular".

Por último, en cuanto a las **cancelaciones**, el art. 178-5 RH mantiene el sistema del Reglamento de 1959¹⁸⁸, de forma que "bastará el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito para la cancelación por pago de la hipoteca que lo garantice, aun cuando conste inscrita para la sociedad conyugal de aquél".

1.3.- Las presunciones de los arts. 1361 y 1441 C.C.: diferencias

Dice el art. 1361 C.C.: "se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer". Y el art. 1441 C.C., por su parte, establece: "cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad".

¹⁸⁶ Bienes propios meramente confesados.

¹⁸⁷ Es decir, lo previsto en los números 2 y 4 del art. 93, en el número 3 del art. 93 y en el número 4 del art. 95, según los distintos supuestos.

¹⁸⁸ Véanse DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 148; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 386.

Ambos preceptos son paralelos, en el sentido de que establecen una presunción¹⁸⁹ que trae su causa de un régimen económico matrimonial, pero ahí acaba su paralelismo. El art. 1361 es una consecuencia natural del régimen de gananciales¹⁹⁰. En cambio, el art. 1441 es un elemento adicional que viene a facilitar la separación de patrimonios, sin contradecir el principio separatista, mediante el reconocimiento de una titularidad proindiviso¹⁹¹.

La presunción del art. 1361 viene a reproducir la del antiguo art. 1407, y sigue teniendo la misma importancia que antes de la reforma: al amparo del beneficio de la duda reconduce a la masa común aquellos bienes cuyo carácter privativo no es posible demostrar.

Como es sabido, y defendido por la totalidad de la doctrina, la presunción del art. 1361 lo es *iuris tantum* y, por tanto, susceptible de prueba en contrario¹⁹². Su alcance se extiende a la procedencia del precio, tal y como ha sentado la jurisprudencia, de forma que si no se demuestra que el precio se ha pagado con dinero

¹⁸⁹ Niegan que el art. 1441 C.C. contenga una presunción CAMPO VILLEGAS, "En torno a la transformación del régimen de gananciales en el de separación de bienes", en *RJC*, 1977, págs. 271 y ss., pág. 303, y GUILARTE GUTIERREZ, "La regla de indivisión en régimen de separación de bienes (Art. 1441 C.C.) y su alteración convencional", en *RCDI*, 1984, págs. 309 y ss., pág. 321, para quienes se trata de una ficción de carácter accesorio.

¹⁹⁰ Véase, por todos, DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XVIII-3, Madrid, 1985, págs. 403-404.

¹⁹¹ ALBALADEJO, *Curso...*, IV, cit., pág. 197; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., pág. 403; DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 223; GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, págs. 493-494; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 532; MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico...", cit., pág. 105; VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio...*, cit., pág. 404. Acepta que establece una copropiedad REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág. 102, pero, junto con CAMPO VILLEGAS, "En torno a la transformación...", cit., pág. 303, quien sólo acepta la cotitularidad cuando vaya referida a bienes de uso común, y GUILARTE GUTIERREZ, "La regla de indivisión...", cit., pág. 324, quien también acepta que se establece una indivisión, sostiene con firmeza que la presunción del art. 1441 C.C. atenta contra la esencia del régimen de separación.

¹⁹² Véase, por todos, LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., págs. 446-447.

privativo de uno de los esposos, lo adquirido será ganancial¹⁹³.

La presunción de ganancialidad ampara las adquisiciones de bienes mientras subsista legalmente la comunidad, por lo que es eficaz aunque los cónyuges estén separados de hecho, ya que, si bien la separación de hecho puede provocar la transferencia de la administración a uno solo de los cónyuges (art. 1388 C.C.), no implica, por sí sola, la extinción de la sociedad de gananciales.

La presunción actúa lo mismo vigente el régimen que disuelto éste. Así pues, tal y como se desprende de una definida jurisprudencia¹⁹⁴, el cónyuge que afirma que un bien o derecho le pertenece exclusivamente, debe demostrar su propiedad o posesión anterior al comienzo de la comunidad, que lo ha adquirido a título gratuito o por subrogación o accesión.

La presunción favorece a los acreedores, de forma que cuando uno de ellos procede al embargo, la carga de la prueba de que es privativo suyo recae sobre el cónyuge que no está personalmente obligado por la deuda. Y correlativamente, perjudica a los acreedores personales de un cónyuge, a quienes la ley sólo permite perseguir el cobro de su crédito sobre los bienes privativos de su deudor, pues sobre los bienes comunes no podrán cobrar sino por la mitad correspondiente a dicho deudor¹⁹⁵. La posición jurisprudencial, en cuanto a la valoración de la prueba, ha variado ostensiblemente, de no admitir las presunciones *hominis*¹⁹⁶ a admitirlas¹⁹⁷. Fuera del proceso y, en concreto, a efectos de inscribir en el Registro que un bien es privativo, "el carácter privativo del precio o la contraprestación del bien adquirido

¹⁹³ Sentencias de 8 de enero de 1968 y de 10 de noviembre de 1986, así como las citadas en esta última.

¹⁹⁴ Entre otras, sentencias de 4 de enero de 1897, 28 de enero de 1898 y 24 de noviembre de 1960 y RGDR de 13 de marzo de 1900, 30 de marzo de 1904 y 21 de noviembre de 1950.

¹⁹⁵ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 370.

¹⁹⁶ Sentencias de 26 de diciembre de 1958 y 10 de diciembre de 1970 y RDGR de 10 de abril de 1913.

¹⁹⁷ Sentencia de 30 de septiembre de 1989.

deberá justificarse mediante prueba documental pública" (art. 95-2 RH). En los demás casos, los bienes se inscribirán como gananciales (art. 93-1 y 4 RH) o presuntivamente gananciales (art. 94-1 RH).

La presunción del art. 1441 también es *iuris tantum* y admite prueba en contrario, pudiendo utilizarse todos los medios admitidos en derecho. Pero, en cuanto regla que presume una atribución de cotitularidad, tiene dentro de su arbitrariedad intencional la equidad del mal menor¹⁹⁸.

Como ya hemos indicado, el art. 1441 no tiene el mismo alcance y eficacia que el art. 1361. La presunción del art. 1441 parte de la imposibilidad de acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho y determina entonces que ese bien corresponde a ambos por mitad. Por tanto, juega en defecto de prueba, lo que ha llevado a la doctrina a calificarla de residual y subsidiaria¹⁹⁹. A diferencia de lo que sucede en el caso del art. 1361, aquí basta con la sola presentación del título formal de adquisición para destruir la presunción²⁰⁰.

En las relaciones de los cónyuges entre sí se pueden hacer valer, frente al art. 1441, las presunciones convencionales de propiedad que se hayan pactado en capitulaciones matrimoniales²⁰¹. Estos pactos tropiezan con graves dificultades para su eficacia, en cuanto inciden en materia de prueba procesal, que es indisponible y "no ofrece campo adecuado a una regulación convencional por los sujetos que en la prueba

¹⁹⁸ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1981, pág. 701.

Una regla semejante a la de nuestro art. 1441 C.C. se contiene en el art. 1538, párr. 3º del Código civil francés y en el art. 219, párr. 2º del Código civil italiano.

¹⁹⁹ CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 702; SAVATIER, *La séparation de biens en droit français*, Paris, 1970, págs. 69-79.

²⁰⁰ Véanse MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico...", cit., pág. 107, y REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág. 107.

²⁰¹ CAMPO VILLEGAS, "En torno a la transformación...", cit., pág. 297; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., pág. 408; GUILARTE GUTIERREZ, "La regla de indivisión...", cit., pág. 377; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 534; REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág. 140.

intervienen"²⁰². Ahora bien, siempre que los pactos se proyecten sobre normas de derecho material, serán válidos²⁰³, pero en ningún caso serán eficaces frente a terceros²⁰⁴.

En la relación entre cónyuges, la igualdad de cuota presunta determina que cada uno de los esposos tenga igual derecho a la gestión de los bienes indivisos y, a la disolución, cada uno tendrá derecho a la mitad de la cosa si es divisible, o a la mitad de su valor, de acuerdo con las normas de la división de la cosa común (arts. 400 y ss. y concordantes del Código civil). En la relación con terceros, el cónyuge deudor ha de ser tenido como copropietario y los acreedores podrán embargar la mitad indivisa correspondiente al mismo, cuya propiedad plena no puede demostrar el otro²⁰⁵.

1.4.- Especialidades derivadas del ejercicio del comercio por uno de los cónyuges: La empresa, componente patrimonial de la sociedad de gananciales

La empresa, unidad patrimonial, integrada por una variedad de elementos debidamente organizados con los que el empresario mantiene una relación de disponibilidad, es en sí misma un bien, y como tal puede ser parte integrante de la sociedad de gananciales, bien con el carácter de privativa, bien con el de ganancial.

La inclusión de la empresa²⁰⁶ en el elenco de bienes gananciales y privativos, y la posibilidad de que sea adjudicada como un todo, a la liquidación del régimen (art. 1406-2º C.C.), ponen de manifiesto que la empresa, en el ámbito de los regímenes matrimoniales, es concebida como un bien unitario, que puede tener la condición de

²⁰² GUASP, *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1977, pág. 322.

²⁰³ Véase GUILARTE GUTIERREZ, "La indivisión...", cit., pág. 379.

²⁰⁴ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., pág. 409; GUILARTE GUTIERREZ, "La regla de indivisión...", cit., pág. 382; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 534.

²⁰⁵ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., págs. 408-409; GUILARTE GUTIERREZ, "La regla de indivisión...", cit., pág. 353; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 533.

²⁰⁶ De empresa, establecimiento y explotación habla el Código civil.

ganancial o privativo, según las circunstancias concurrentes.

Al igual que cualquier otro bien, la empresa tiene el carácter de privativo cuando concurren en ella las circunstancias que le confieren esa condición, es decir: cuando perteneciera a uno de los cónyuges al comienzo de la sociedad (art. 1346-1º C.C.), incluso si, adquirida a plazos, la totalidad del precio se satisface posteriormente con dinero ganancial (art. 1357 C.C.); cuando, vigente el régimen, sea adquirida por alguno de los cónyuges a título gratuito (art. 1346-2º C.C.), salvo en el caso del art. 1353²⁰⁷, en que se entenderá ganancial; cuando sea adquirida en sustitución o a costa de bienes privativos constante el régimen (art. 1346-3º C.C.); cuando, siempre que se admita la aplicación *a contrario* del art. 1355 C.C., haya sido adquirida a título oneroso, constante el régimen, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma o plazos en que se satisfaga, si los cónyuges actúan de común acuerdo en atribuirle el carácter de privativo, y cuando sea adquirida en virtud de un derecho de retracto perteneciente al cónyuge adquirente (art. 1346-3º C.C.). Con respecto a este último caso, la doctrina se inclina por entender la expresión en sentido amplio, es decir, referida a derechos de "adquisición preferente", incluyendo también el tanteo y la opción²⁰⁸.

El art. 1346-8º, novedad introducida por la ley de 13 de mayo de 1981, y que parece inspirado en los arts. 1404, párr. 2º del Código civil francés y 179, d) del Código civil italiano, atribuye carácter privativo a "los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común".

Se ha dicho que la finalidad de la norma es evitar las dificultades que, como consecuencia de la disolución, se derivarían para aquél de los cónyuges que tuviese

²⁰⁷ "Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuese aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario".

²⁰⁸ DE LOS MOZOS, *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy, I*, cit., pág. 126, seguido, entre la doctrina mercantilista, por LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., pág. 590, nota 5.

que paralizar sus actividades profesionales al verse obligado a compartir con su consorte –o con sus herederos– los instrumentos necesarios para el ejercicio de aquélla²⁰⁹. No nos parece excesivamente atinada esta opinión. Una cosa es el carácter privativo de un bien, y otra su utilización por diferentes personas, situación que puede darse, sin necesidad de que medie la disolución del régimen, y sin que ello suponga la paralización de las actividades empresariales, en la explotación regular de una empresa en común.

El art. 1346-8º se refiere a los instrumentos necesarios, entendidos no como los estrictamente indispensables, sino como aquéllos que permiten continuar una misma actividad con la misma eficacia y posibilidades objetivas²¹⁰.

En lo que al ejercicio de la profesión u oficio se refiere, se ha puntualizado que "parece cuando menos dudoso que el legislador haya querido comprender entre las profesiones la de comerciante, si se piensa cómo puede ser posible que la empresa, en cuanto instrumento necesario para el ejercicio de la profesión de comerciante, sea parte integrante o pertenencia de un establecimiento o explotación"²¹¹. Creemos que éste es uno de los múltiples casos de error o imprecisión terminológica en que incurre el legislador, que dan lugar a situaciones textualmente ininteligibles, por no decir que generan un trastrueque conceptual inadmisibile.

La norma se completa con el último párrafo del art. 1346 C.C., según el cual: esos instrumentos "no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho".

El carácter ganancial de la empresa depende, igualmente, de que se den las circunstancias correspondientes. En concreto: que haya sido adquirida a título oneroso

²⁰⁹ LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., pág. 590.

²¹⁰ Véase LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., pág. 590, nota 8.

²¹¹ GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., pág. 505. También a favor de la exclusión del ejercicio del comercio LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., pág. 607.

o a costa del caudal común, sea para la comunidad, sea para uno de los cónyuges (art. 1347-3º C.C.); que haya sido adquirida en virtud de un derecho real de adquisición preferente de carácter ganancial, aunque los fondos empleados sean privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora por el valor satisfecho (art. 1347-4º C.C.); que haya sido fundada durante la vigencia del régimen por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes (art. 1347-5º C.C.); que haya sido adquirida a plazos por uno de los cónyuges, constante el régimen, habiendo sido ganancial el primer desembolso, aunque el resto del precio se satisfaga con bienes privativos (art. 1356 C.C.); que haya sido adquirida a título oneroso, constante el régimen, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma o plazos en que se satisfaga, si los cónyuges actúan de común acuerdo en atribuirle el carácter de ganancial (art. 1355 C.C.).

Como hemos visto, el art. 1347-5º C.C. declara ganancial la empresa fundada por uno de los cónyuges durante la vigencia de la sociedad a expensas de los bienes comunes. La doctrina se manifiesta en favor de aplicar la misma solución al caso en que la fundación de la empresa se haya debido al trabajo del marido o la mujer, porque el resultado de éste es siempre ganancial (art. 1347-1º C.C.)²¹². Por otra parte, la inversión de fondos comunes y privativos en la formación de la empresa da lugar a una cotitularidad de la sociedad, y del cónyuge o cónyuges que hubieran participado, en proporción a sus respectivas aportaciones (art. 1347-5º C.C. en relación con el art. 1354 C.C.).

Los nuevos arts. 1360 y 1359 establecen que "los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación", "tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho; no obstante, si la mejora hecha en los bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la

²¹² Véase, por todos, LACRUZ, (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 411. En contra, MARTINEZ SANCHIZ, "Casos dudosos de bienes privativos y gananciales", en *AMN*, XXVI, págs. 357 y ss., pág. 372, para quien el art. 1347-5º C.C. hace coincidir la calificación de la empresa con el origen del capital empleado en su fundación.

disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado".

En el caso de empresa ganancial, la inversión de fondos privativos de un cónyuge da lugar a un crédito a favor de éste, y a cargo de la comunidad, por el importe del valor satisfecho. El incremento o aumento de valor de la empresa privativa, procedente de la inversión de fondos comunes o del trabajo de uno de los cónyuges, puede concretarse en un bien determinado, o afectar a la empresa en su totalidad. En ambos casos, la sociedad tiene un crédito aplazado inexigible hasta la disolución de la comunidad o la enajenación del bien, y supeditado a que el incremento patrimonial subsista en ese momento. Ahora bien, aun cuando la comunidad recibe, por definición, todas las ganancias de los esposos, en el caso de la empresa éstas han de ser invertidas en la misma para que siga funcionando²¹³, y, en este supuesto, el crédito de la sociedad comprenderá todos los beneficios ocasionados por el giro de la empresa, sus subrogados y accesiones y, además, los debidos al trabajo del cónyuge, aunque no respondan al concepto estricto de giro y tráfico²¹⁴.

2.- La separación de bienes²¹⁵

Como ha puesto de relieve la doctrina, el régimen de separación absoluta se caracteriza por el dato negativo de la ausencia de comunidad de bienes, e incluso de cualquier participación de cada esposo en el resultado económico de las actividades lucrativas del otro, quedando como vínculo económico entre ellos el de su convivencia, consumo en común y atención a las obligaciones familiares de la pareja entre sí y frente a los hijos²¹⁶. Al margen de esto, los esposos gobiernan sus bienes como si de personas solteras se tratase.

²¹³ Véase LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., pág. 595.

La inversión de los incrementos en la propia empresa no se puede predicar con carácter general, véase GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., pág. 509. En este mismo sentido, si bien implícitamente, ILLESCAS ORTIZ, "El empresario individual...", cit., pág. 131.

²¹⁴ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 412.

²¹⁵ Sobre la conceptualización del régimen de separación como ausencia de régimen, véase supra capítulo I, nota 226 y bibliografía allí citada.

²¹⁶ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 529.

La iniciación del régimen viene determinada por el art. 1435 C.C., a cuyo tenor regirá la separación de bienes cuando se hayan otorgado pactos capitulares en tal sentido o cuando los mismos estén meramente encaminados a excluir la vigencia del régimen de gananciales. Después de casados los esposos el régimen de separación entra en vigor desde que cese aquél bajo el que se casaron. Y en uno y otro caso dura hasta que los cónyuges acuerden someterse a uno nuevo. El régimen de separación puesto en vigor automáticamente en caso de haberse decretado judicialmente la separación personal del matrimonio (art. 1392-3º C.C.) o establecido judicialmente en cualquier otro caso (art. 1393-1º C.C.), no cambiará por la reconciliación de los cónyuges que ponga fin a la separación personal en el primer caso, ni por la desaparición, en el segundo, de la causa que hubiese dado lugar a que se decretase la separación de bienes (art. 1443 C.C.). Sin embargo, en cualquier momento los cónyuges pueden acordar en capitulaciones matrimoniales que vuelva a regir el régimen bajo el que se hallaban antes de instaurarse el de separación.

El primer inciso del art. 1437 dice que en el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título, es decir, tanto oneroso como gratuito. El hecho de que cada cónyuge conserve la titularidad de todos sus bienes aportados al matrimonio, así como de los adquiridos durante el mismo, y no existiendo, como es lógico, una presunción similar a la de ganancialidad, sitúa en primera línea el problema de la prueba de la titularidad exclusiva de los bienes, que una situación de íntima convivencia, tal cual es el matrimonio, generadora de posibles y probables confusiones, puede dar lugar a complicaciones insolubles. Estas dificultades son una buena muestra de que la convivencia y la colaboración de los cónyuges se resisten a la plena separación patrimonial²¹⁷ sobre la que gravita el régimen, ya sea adoptado por propia voluntad, ya impuesto por la ley. Y para resolver, en la medida de lo posible, estas trabas previene el legislador la presunción de indivisión, ya vista, del art. 1441 C.C.

Otra de las dificultades que puede plantearse es la posible actuación colusoria de los cónyuges. Y buscando la defensa de los acreedores, el legislador de 1981

²¹⁷ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 532.

introdujo una presunción en el art. 1442 C.C., la denominada presunción muciana concursal, destinada a evitar que el régimen de separación sirva de instrumento al fraude de acreedores²¹⁸.

La naturaleza de la asociación conyugal lleva implícito el uso común de la vivienda y de muchos de los objetos que en ella se encuentran. En cuanto a la primera, siendo propia de uno de los cónyuges constituye una parte de su contribución al mantenimiento de la familia (art. 1318 C.C.); siendo arrendada, la titularidad arrendaticia individual puede chocar con el pago de los alquileres, posiblemente común, y, en general, con la utilización conjunta, que justificaría una titularidad igualmente común. En cuanto al mobiliario, parece que el cónyuge aportante debería poder pedir indemnización por los suyos que desaparecieron o se deterioraron por causa del uso común²¹⁹.

En consonancia con la separación de patrimonios que impera en este régimen, el art. 1440, párr. 1º C.C. dispone que las deudas contraídas por cada cónyuge son de su exclusiva responsabilidad.

En lo que a las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica se refiere, el art. 1440, párr. 2º C.C. establece que de las mismas responderán los cónyuges en la forma determinada en los arts. 1391 y 1438 C.C., es decir, responsabilidad principal del cónyuge contratante y subsidiaria de su consorte cuando la deuda es doméstica, y exclusiva del contratante cuando, aun contraídas como domésticas, las obligaciones no se dirigen a satisfacer las necesidades ordinarias. En este sentido parte de la doctrina se ha inclinado por entender que si los gastos se hubieran realizado para evitar un perjuicio inminente, los acreedores podrían optar por hacer uso del art. 1893 C.C. (gestión de negocios) y también de la acción subrogatoria para reclamar la contribución proporcional que en la esfera interna debe el no contratante al deudor²²⁰. Esto por lo que se refiere a la responsabilidad *erga omnes*.

²¹⁸ El examen y análisis del art. 1442 se realiza en el capítulo XI, al que nos remitimos.

²¹⁹ Véase LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 535.

²²⁰ MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico...", cit., pág. 92;

Mediante una remisión al art. 1438 C.C., el art. 1440, párr. 2º C.C. señala el alcance de la responsabilidad *inter partes*: los cónyuges contribuirán al mantenimiento de la familia, a falta de convenio, proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos, computándose a tal efecto el trabajo para la casa.

La adopción de la expresión "recursos económicos" es bien recibida por la mayoría de la doctrina, pues con ella se elude toda referencia a la proporcionalidad respecto de los frutos, rentas o bienes²²¹.

En caso de controversia sobre la cuantía de la contribución de cada cónyuge, su fijación corresponderá a los Tribunales, pues ello es, simplemente, consecuencia del principio de igualdad conyugal²²².

Junto a la posible valoración de la capacidad para realizar un trabajo extradoméstico remunerado como un criterio a tener en cuenta en el momento de fijar la cuantía de la contribución de cada cónyuge²²³, hemos visto que la ley de 13 de mayo

REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág. 428.

²²¹ Véase, por todos, REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pá. 429.

²²² Véase REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág. 430.

Antes de la ley de 2 de mayo de 1975, correspondía al marido, en cuanto jefe de la familia, la fijación de la contribución de la mujer pues a él incumbía fijar el nivel de vida familiar, con lo que señalando un nivel de vida alto podía absorber todos los ingresos de la mujer, o, señalando un nivel de vida más bajo, permitir que ahorrara una parte mayor o menor, LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pág. 200.

²²³ Esta aptitud para desarrollar un trabajo extradoméstico ha sido considerada como integrante de los "recursos económicos", y de ahí el que se la estime computable a los efectos de contribución, pero ello no significa que los cónyuges vengan obligados a realizar siempre, pudiendo hacerlo, un trabajo remunerado, tal y como plantea DELGADO ECHEVERRÍA, *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, 1974, pág. 363.

Esta misma postura es defendida en la doctrina italiana por TEDESCHI, *El régimen patrimonial de la familia*, trd. de SENTIS MELENDO y AYERRA REDIN, Buenos Aires, 1954, pág. 19, mientras que para CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia, I*, en *Trattato di diritto civile*, de Cicu-Messineo, Milano, 1979, pág. 29, esa obligación sólo existiría en el caso de que fuese el único medio por el que un cónyuge puede cumplir su obligación de contribuir al mantenimiento de la familia. E,

de 1981 introdujo como criterio para cuantificar la contribución la valoración del trabajo doméstico²²⁴, norma acogida favorablemente por la totalidad de la doctrina²²⁵. Junto a la valoración, el art. 1438 C.C. contempla un aspecto más del trabajo realizado en el hogar: no sólo será computado como contribución al mantenimiento de la familia, sino que, además, "dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación".

Esta compensación, si bien acertada en su finalidad, no lo es, sin embargo, en los medios y, por ello, es criticada por la doctrina²²⁶. En el texto del Proyecto de 14 de septiembre de 1979 se decía que había derecho a una compensación equitativa si el otro cónyuge se había enriquecido durante el matrimonio. Pero en la versión vigente, la compensación representa un jornal, el sueldo de una empleada doméstica, que la mujer –o, en su caso, el marido– puede reclamar aunque su cónyuge no haya

igualmente, es la recogida por el legislador alemán de 1957 en el art. 1360 BGB: la mujer sólo debe trabajar fuera de casa cuando el trabajo del marido y las rentas de los esposos son insuficientes, y por el legislador francés de 1965 en el párr. 3º del art. 214 C.C., derogado por la ley de 11 de julio de 1975: la mujer sólo tiene que consagrarse a una actividad lucrativa en caso de necesidad.

²²⁴ La valoración del trabajo doméstico es admitida por la generalidad de la doctrina comparada, véanse CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 97; DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978, pág. 20; SANDROCK, "Le régime matrimonial 'primaire' (République Fédérale Allemande)", en *Travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, 1966, págs. 295 y ss., pág. 297.

Con anterioridad a la consagración legislativa de la valoración del trabajo doméstico, ya había habido manifestaciones en España en pro de la misma, en concreto las de LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pág. 257, nota 10, y DELGADO ECHEVERRÍA, *El régimen matrimonial de separación...*, cit., pág. 364.

Por lo que a la situación vigente se refiere, se ha indicado la conveniencia de extender la norma del art. 1438 C.C., aplicable al régimen de participación en las ganancias, por remisión del art. 1413 C.C., al régimen de gananciales, pues "no parece que la *ratio* de la norma se limite a los regímenes separatistas, aunque su generalización puede suponer una gran innovación en materia de gananciales", GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 340.

²²⁵ Véase, por todos, REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág. 433.

²²⁶ Véase, por todos, REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., págs. 435-440.

obtenido ganancias durante el matrimonio²²⁷. Habrá que valorar, pues, el trabajo efectivamente prestado y el contravalor que representa el mantenimiento de la esposa (o el esposo) en el hogar²²⁸.

De igual modo que en el régimen de gananciales, también en el de separación los cónyuges están obligados a restituirse las cantidades que debe cada uno al otro por contribuciones no pagadas al sostenimiento de la familia. Si bien el Código no establece nada en sede de separación, la solución viene dada por el art. 1319 C.C.: "el que hubiere aportado caudales propios para la satisfacción de tales necesidades, tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial", reintegros que deberán efectuarse con las revalorizaciones pertinentes, por aplicación analógica, en defecto de norma general, del art. 1358 C.C.

Según el inciso segundo del art. 1437 C.C., corresponde a cada cónyuge la administración, el goce y la libre disposición de sus bienes. Por tanto, cada esposo, por sí solo, puede realizar, en relación con sus bienes privativos, todos los actos de gestión que estime convenientes y, por ende, ni el marido ni la mujer pueden intervenir en los negocios de su consorte. Ahora bien, lo mismo que se produce una confusión de bienes, también es factible la confusión en la gestión. Para resolver las cuestiones que puedan surgir de esta inmisión, el art. 1439 C.C. dispone que si uno de los cónyuges administra o gestiona bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero sin la obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas al mantenimiento de la familia²²⁹. En los casos en los que procede la rendición de cuentas, la doctrina suele remitirla al momento de la liquidación del régimen²³⁰; sin embargo, no cabe descartar la posibilidad de que los

²²⁷ La supresión de la correspondencia entre compensación y enriquecimiento es criticada por DE LOS MOZOS, *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy*, I, cit., pág. 123, nota 24, y LACRUZ, *El nuevo régimen de la familia*, II, cit., pág. 145.

²²⁸ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., págs. 537-538.

²²⁹ Véase REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., págs. 277-314.

²³⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, *El régimen matrimonial de separación...*, cit., pág. 372; LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pág. 258, nota

problemas que pueda plantear la rendición de cuentas surjan durante la vigencia del régimen²³¹.

El régimen de separación se extingue por pasar a otro régimen, por disolución del matrimonio o por sentencia de separación de los cónyuges. Entonces, igual que el régimen de gananciales, el de separación requiere que se proceda a una liquidación, si bien restringida al pago de las contribuciones atrasadas o los gastos comunes, y a las compensaciones que procedan entre los patrimonios de marido y mujer.

3.- La participación en las ganancias

Como ya hemos indicado al hilo de la exposición del Derecho comparado, el sistema de participación en las ganancias trata de combinar las ventajas de los regímenes asociativos y disociativos²³². De un lado, al igual que en el régimen de separación, cada cónyuge tiene libertad casi absoluta en lo relativo a la gestión de sus bienes; de otro, asocia a cada esposo en las ganancias obtenidas por el otro a lo largo del régimen. El modelo adoptado por el legislador español, participación en valor y por la mitad, salvo que se haya establecido otra cosa (arts. 1427 y 1430 C.C.), compensándose el derecho de un cónyuge con el del otro, en la cuantía concurrente, de modo que el crédito de participación sólo corresponderá a uno de ellos, está inspirado de forma muy directa en el que se introdujo en el Código civil francés en 1965, habiéndose descartado el modelo alemán de la ley de 1957 por considerar su regulación harto compleja²³³.

El régimen de participación se divide en dos fases claramente diferenciadas:

13.

²³¹ REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág.449.

²³² En cuanto al origen del régimen de participación, véase supra capítulo I, nota 239.

²³³ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., pág. 41; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág.506; LEON ARCE, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto: El régimen de participación*, Oviedo, 1984, pág. 237.

vigencia y disolución. Durante la primera, el régimen funciona como uno de separación, y por ello el art. 1412 C.C. dice que "a cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título", añadiendo el art. 1413 C.C. que "en todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán, durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes".

Así, pues, cada esposo conserva el dominio exclusivo de todos los bienes que tenía y tiene. Ni siquiera a la disolución del régimen hay bienes gananciales, sino sólo ganancias contables. Cada cónyuge tiene un eventual derecho de participación en las ganancias de su consorte, pero un derecho que nunca deja de ser de crédito y que no repercute sobre bienes concretos. En relación con los terceros los bienes de los cónyuges son siempre bienes personales, respondiendo por todas las deudas del dueño y por las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica por el otro cónyuge (art. 1319 C.C.)²³⁴.

Siendo como es un régimen convencional, y no teniendo carácter de supletorio, el régimen de participación sólo entra en vigor cuando así lo han pactado los esposos en sus capitulaciones matrimoniales.

Como ya hemos indicado el régimen de participación se divide en dos fases: vigencia y disolución. Y es la fase de vigencia la que se toma en consideración para la determinación de las ganancias (art. 1411 C.C.). La separación patrimonial (art. 1412 C.C.) garantiza la autonomía de los patrimonios conyugales. Sin embargo, esa autonomía resulta restringida, además de por las normas del régimen primario, por las propias del régimen, como medida de protección de los intereses patrimoniales específicos del régimen.

²³⁴ Para un intento por dar, bien un concepto, bien las líneas maestras del régimen de participación, véanse BALLESTER GINER, "El régimen de participación en el Derecho español", en *RCDI*, 1983, págs. 1375 y ss., págs. 1385-1386, y LANZAS GALVACHE, "El régimen de participación", en *RCDI*, 1983, págs. 1141 y ss., pág. 1141.

Según el art. 1414 C.C., si los cónyuges adquieren conjuntamente bienes o derechos, les pertenecerán en proindiviso ordinario. Se ha afirmado que el art. 1414 establece una presunción en favor de la copropiedad ordinaria y por partes iguales respecto a la titularidad de los bienes del matrimonio cuando no conste que pertenecen privativamente a uno u otro de los cónyuges²³⁵. En contra de esta opinión se alega que la cotitularidad no es preciso presumirla, porque el supuesto de hecho del artículo parte del elemento que la determina, la adquisición conjunta de un bien o derecho; la consideración jurídica de esa comunidad como una comunidad ordinaria tampoco resulta de una presunción contenida en el artículo, sino de la aplicación del régimen general de la comunidad (art. 392 C.C.), y, además, la presunción de la igualdad de cuotas no resulta del art. 1414 C.C., sino de los arts. 1441 y 393, párr. 2º C.C.²³⁶. Así pues, la regla del art. 1414 C.C. no debe confundirse con la del 1441 C.C., pues la primera tiene como presupuesto el que ambos cónyuges han adquirido conjuntamente un bien o derecho, y es la consecuencia del modo en que se ha producido la adquisición, según el título, y la segunda, como ya hemos visto, despliega su juego en las situaciones en que no es posible acreditar la pertenencia privativa de un bien. Ahora bien, una vez evitada la confusión, es evidente e incuestionable que ambos preceptos están intimamente relacionados²³⁷.

Como consecuencia de las propias normas del régimen, cada cónyuge tiene la posibilidad de "interferirse" en la gestión del otro, ya que si estima ésta como irregular, y que ello compromete gravemente sus intereses, puede solicitar la terminación del régimen (art. 1416 C.C.). Pero este elemento disuasorio no desvirtúa, en rigor, la estructura separatista del régimen ni la libertad general de los cónyuges en la gestión de sus bienes²³⁸.

²³⁵ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., pág. 100.

²³⁶ MORALES MORENO, "Del régimen de participación", en *Comentario del Código civil*, II, cit., págs. 807 y ss., pág. 814, pero no con anterioridad en "Del régimen de participación", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., págs. 1807 y ss.

²³⁷ Véase, por todos, DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit, págs. 102-105.

²³⁸ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 509.

El art. 1416 adapta al régimen de participación la regla que para el de gananciales establece el art. 1393-2º, al que, en principio, remite el art. 1415 C.C.²³⁹. Esta regla, clasificada de medida judicial²⁴⁰, no se refiere a una administración irregular coincidente con los actos contemplados en los arts. 1423 y 1424 C.C. El art. 1416 no considera esa administración irregular en sí misma, sino sólo en la medida en que compromete gravemente los intereses del otro cónyuge. Y, tal y como funciona el régimen de participación, estos intereses sólo quedan comprometidos por dos razones: si los resultados desfavorables de los actos de mala gestión no son susceptibles de ser contabilizados en el patrimonio final, y si, aun contabilizados, crean la amenaza de que, al final del régimen, no existan bienes suficientes para pagar el crédito de participación.

Salvo para el caso de liberalidades de uso, un cónyuge no puede disponer de sus bienes a título gratuito sin el consentimiento del otro (art. 1423 C.C.). Esta regla, aunque sólo funciona al tiempo de la disolución del régimen, restringe considerablemente la autonomía de gestión de los cónyuges.

A la terminación del régimen nace ya, con carácter actual, el derecho a la participación en las ganancias obtenidas, lo que exige su determinación.

Según el art. 1415 C.C. el régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales (disolución del matrimonio, nulidad del mismo, separación judicial, cambio convencional, incapacitación de un cónyuge, declaración de ausencia, ser declarado un cónyuge en quiebra o concurso de acreedores)²⁴¹, siendo de aplicación lo dispuesto en los arts. 1394 y 1395 C.C. sobre intervención judicial en la administración cuando concluye el régimen por decisión judicial, y sobre sanción de la mala fe de un cónyuge en los casos de nulidad del

²³⁹ LANZAS GALVACHE, "El régimen de participación", cit., pág. 1157; LEON ARCE, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto...*, cit., pág. 249; MORALES MORENO, "Del régimen de participación", 1991, cit., pág. 818. En contra, DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., pág. 115.

²⁴⁰ LEON ARCE, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto...*, cit., pág. 249.

²⁴¹ Arts. 1392 y 1393 C.C.

matrimonio. La remisión del art. 1415 a las normas del régimen de gananciales está, en principio, abierta a todas ellas. Sin embargo, no todas son aplicables al régimen de participación. La doctrina está, en general, de acuerdo con ello²⁴², pero existen discrepancias sobre los casos en que procede la exclusión²⁴³.

Una vez producida la extinción del régimen, "se determinarán las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final" (art. 1417 C.C.).

El patrimonio **inicial** de cada cónyuge está constituido por los bienes y derechos que le pertenecían al empezar el régimen, y por los adquiridos después a título de herencia, donación o legado, con deducción de las obligaciones del cónyuge al comenzar el régimen y, en su caso, las sucesorias o las cargas inherentes a la donación o legado, en cuanto no excedan de los bienes heredados o donados (arts. 1418 y 1419 C.C.). La estimación de los bienes se hará conforme al estado y valor que tenían al tiempo de iniciarse el régimen o, en su caso, al de ser adquiridos, pero actualizándose el día de la cesación del régimen el importe de la estimación (art. 1421 C.C.). Y si el pasivo fuese superior al activo, el patrimonio inicial se considerará nulo (art. 1420 C.C.).

Estos preceptos sientan las reglas para calcular el patrimonio inicial, pero el concepto de patrimonio inicial que maneja el régimen de participación no coincide con el patrimonio real de cada cónyuge al comenzar el régimen, pues hay una diferenciación entre lo aportado al matrimonio y lo adquirido posteriormente a título gratuito.

La solución de considerar el patrimonio inicial nulo cuando el pasivo es

²⁴² No obstante, en contra, considerándola "totalmente equivocada", BALLESTER GINER, "El régimen de participación...", cit., pág. 1397, y LANZAS GALVACHE, "El régimen de participación", cit., pág. 1156, quien considera que el art. 1415 excluye la aplicabilidad del art. 1393.

²⁴³ Véanse DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., págs. 115-124; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 511; LEON ARCE, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto...*, cit., págs. 244-251; MORALES MORENO, "Del régimen de participación", 1984, cit., págs. 1820-1827, y "Del régimen de participación", 1991, cit., págs. 815-818.

superior al activo²⁴⁴ es la vigente el Derecho alemán (art. 1374-I BGB) y lo era también en el Derecho francés hasta la modificación del art. 1570, párr. 1º C.C. por la ley de 23 de diciembre de 1985. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en estos dos Ordenamientos, en el español no se ha previsto la exigencia de un inventario²⁴⁵ que permita probar la consistencia del patrimonio inicial, con la consecuencia de considerar nulo dicho patrimonio inicial si no se prueba su existencia. No obstante, la doctrina se inclina por estimar nulo el patrimonio inicial si no se demuestra su existencia²⁴⁶, recomendando, por otra parte, que se incluyan en las capitulaciones matrimoniales pactos expresos en orden a la prueba de los bienes que cada uno aporta en el momento de constituir el régimen, así como de los que reciban posteriormente a título gratuito²⁴⁷. En cualquier caso, las consecuencias que derivan de la aplicación del art. 1420 C.C. pueden ser corregidas mediante el juego de la autonomía de la voluntad de los cónyuges²⁴⁸.

El patrimonio **final** de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular a la terminación del régimen, deducción hecha de las obligaciones no satisfechas. También se incluirá el valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito sin el consentimiento del otro, y el valor de los bienes y derechos enajenados por un cónyuge en fraude de los derechos del otro (arts. 1422 a 1424 C.C.). Los bienes se estimarán según su valor y estado a la terminación del régimen y los enajenados gratuita o fraudulentamente, conforme al estado que tenían el día de la enajenación y actualizándose su valor al día de la terminación del régimen (art. 1425 C.C.). Estos preceptos, excepto en lo relativo a la inexistencia en nuestro ordenamiento de norma alguna sobre la prueba de la consistencia del

²⁴⁴ También se apunta esta solución para cuando activo y pasivo son iguales, véase LANZAS GALVACHE, "El régimen de participación", cit., pág. 1160.

²⁴⁵ Arts. 1570, párr. 2º C. C. francés y 1370-I BGB.

²⁴⁶ MORALES MORENO, "Del régimen de participación", 1991, cit., pág. 823.

²⁴⁷ LEON ARCE, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto...*, cit., pág. 251.

²⁴⁸ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., págs. 185-191; MORALES MORENO, "Del régimen de participación", 1984, cit., págs. 1851-1852.

patrimonio final²⁴⁹, son un fiel trasunto de los correspondientes preceptos del Código civil francés y a ellos nos remitimos²⁵⁰. Y si un cónyuge tiene un crédito contra el otro, aquél se computará en el patrimonio final del acreedor y se deducirá del patrimonio del deudor²⁵¹.

Según los arts. 1427 y 1428 C.C., si la diferencia entre los patrimonios inicial y final arroja un saldo positivo, el cónyuge que haya obtenido un menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre el suyo y el de su consorte. Si sólo es positivo uno de ellos, el otro cónyuge tendrá derecho a la mitad de dicho incremento. Sin embargo, los cónyuges pueden establecer en sus capitulaciones matrimoniales una participación distinta de la prevista en el Código pero con dos limitaciones: deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y no podrá pactarse si existen descendientes no comunes (arts. 1429 y 1430 C.C.). Con este sistema se impide establecer una previsión de reparto desigual de la suma de ganancias de ambos cónyuges, cosa posible, por el contrario, en el Derecho francés (art. 1581 C.C.).

Como regla general el crédito de participación debe ser satisfecho en dinero, pero cabe que se efectúe una dación en pago, por acuerdo de los interesados, o por concesión judicial, a petición fundada del deudor (arts. 1413 y 1432 C.C.). Para facilitar el cobro del crédito de participación, en el caso de que no haya bienes en el patrimonio del deudor para hacerlo efectivo, se concede una acción de impugnación, inspirada en los Derechos alemán (art. 1390 BGB) y francés (art. 1577 C.C.): "el cónyuge acreedor podrá impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechas a título gratuito sin su consentimiento y aquellas que hubieren sido realizadas en fraude de sus derechos" (art. 1433 C.C.). A diferencia de lo previsto en los arts. 1423 y 1424 C.C., que circunscriben sus efectos a las relaciones entre cónyuges (incremento ficticio del

²⁴⁹ LEON ARCE, *Sistemas económicos matrimoniales de tipo mixto...*, cit., pág. 258 propone, al igual que con respecto al patrimonio inicial, el recurso a los pactos capitulares.

²⁵⁰ Véase supra capítulo I, apdo. B) V, 3.4.

²⁵¹ Véanse DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., pág. 235-241; MORALES MORENO, "Del régimen de participación", 1991, cit., págs. 837-839.

patrimonio final), la acción del art. 1433, que tiene trascendencia frente a terceros, sólo opera en casos extremos, es decir, si no hay bienes para pagar el crédito de participación. La acción de impugnación puede ser entendida como "una consecuencia razonable del modo de funcionar de este régimen, que sirve para contrarrestar la libertad de disposición sobre el propio patrimonio y el carácter simplemente crediticio del derecho a participar en las ganancias"²⁵². Esta acción funciona dentro de los márgenes que le imponen tres limitaciones: la acción caduca a los dos años, no puede ejercerse contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe²⁵³, y no puede ser utilizada si la insolvencia es debida a actos del cónyuge deudor realizados con posterioridad a la extinción del régimen²⁵⁴. En definitiva, se articula la defensa de un cónyuge para cuando se encuentra en la posición de acreedor de su consorte²⁵⁵.

²⁵² MORALES MORENO, "Del régimen de participación", 1984, cit., pág. 1908.

²⁵³ Véase CASTRO y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pág. 527. [Es reproducción facsímil de la 2ª tirada de la edición original publicada en 1971].

²⁵⁴ MORALES MORENO, "De la participación en las ganancias", 1991, cit., pág. 849.

²⁵⁵ Véase DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., pág. 292.

CAPITULO OCTAVO

ADMINISTRACION Y DISPOSICION DE LOS BIENES GANANCIALES

I. Principios a los que responde la regulación vigente	525
1. Precisiones terminológicas	525
2. Plasmación del principio de igualdad: la cogestión	527
3. La subsidiariedad del principio de cogestión	529
4. Asunción de la realidad: el margen de actuación individual	531
II. La ley de 13 de mayo de 1981 y los arts. 6 a 12 del Código de comercio	532
III. La gestión de los bienes gananciales	535
1. El consentimiento dual	536
2. La autorización judicial supletoria	538
3. Consecuencias de la falta de consentimiento o autorización	540
4. Actos de administración y disposición	542
5. La actuación individual	543
5.1. Facultades sobre los frutos o ganancias	546
5.2. Facultades sobre el numerario ganancial	547
5.3. Administración de bienes y administración y disposición de dinero y títulos valores	550
5.4. Ejercicio de los derechos de crédito a nombre de un solo esposo	552
5.5. Defensa de bienes y derechos comunes	553
5.6. Gastos urgentes y necesarios	554
IV. Concentración de la gestión en uno de los cónyuges	555
1. Supuestos y modos	555
2. Efectos y limitaciones	559
3. Especialidades en caso de que un cónyuge sea comerciante	561
4. Extinción	563
V. Consecuencias y sanciones derivadas de la gestión	563
1. Planteamiento	563
2. Supuestos	565
3. Efectos	567
VI. Administración de la empresa y derecho de disposición	568
1. La situación anterior a la ley de 13 de mayo de 1981	568

	524
2. La situación actual	569
2.1. Gestión con oposición del cónyuge no comerciante	570
2.2. Gestión sin oposición del cónyuge no comerciante	575

I.- PRINCIPIOS A LOS QUE RESPONDE LA REGULACION VIGENTE

1.- Precisiones terminológicas

Tradicionalmente, en el ámbito de la vinculación del patrimonio a la actuación del gestor del mismo, se ha venido distinguiendo entre actos de administración y actos de disposición¹. Al margen del tratamiento genérico de los actos de administración y disposición, al analizar de forma concreta los actos de administración de bienes gananciales, se ha dicho que todo acto de administración viene destinado a la explotación normal de un patrimonio, así como a la percepción y utilización de sus productos sin comprometer, en ningún momento, la existencia del bien ni modificar la composición del patrimonio, y que no tratándose de administración de bienes ajenos, sino propios, en consecuencia, el concepto de administración debe entenderse en un sentido amplio².

La rúbrica de la sección cuarta del capítulo dedicado a la sociedad de gananciales habla "de la administración de la sociedad de gananciales", pero su contenido es más amplio que su enunciado, pues en el primer precepto de la sección -art. 1375 C.C.- se habla de *gestión* y *disposiciones* de los bienes gananciales.

La presencia del término **gestión** en dicho precepto ha dado lugar a la afirmación de que en el texto existe una ambigüedad³ y que, si bien el Código sólo

¹ Véase AGUILERA DE LA CIERVA, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Madrid, 1973, págs. 209-223, referidas específicamente a los actos de administración en el campo del Derecho de familia.

² TORRES GARCIA, "La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales", en *RDP*, 1985, págs. 723 y ss., págs. 739-744.

³ AVILA ALVAREZ, "El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil", en *RCDI*, 1981, págs. 1373 y ss., págs. 1389-1390, y GARCIA CANTERO, en CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, V, *Derecho de familia*, vol. 1º, Madrid, 1983, pág. 428.

contempla expresamente la distinción entre actos de administración y actos de disposición, en sede de responsabilidad los términos se alteran⁴, dando entrada, aunque marginalmente, a la idea de administración ordinaria, a la que deberá oponerse la de administración extraordinaria⁵. En sentido contrario se ha dicho que "no supone en modo alguno una ambigüedad, tanto que viene a ser un término de referencia, muy representativo de la dinámica que adquiere en este punto la sociedad de gananciales"⁶. No obstante estas divergencias, la realidad que nos ofrecen los textos legales es que "la rúbrica de la sección no corresponde exactamente al contenido de la misma, porque en ella hay preceptos que se refieren a la administración y a la disposición de los bienes gananciales, e incluso se habla de "gestión" como acto al parecer contrapuesto al de disposición (art. 1375). Por ello parece más correcto exponer "la gestión de la sociedad de gananciales", aunque dando al término "gestión" un sentido genérico de dirección o gobierno, que puede llevar indistintamente a realizar actos de administración o de disposición no como categoría específica que comprenda a otros actos diferentes, porque el Código civil lo único que disciplina son los actos de administración o de disposición de bienes gananciales"⁷.

⁴ Cfr. arts. 1362-3º, 1365-2º y 1386 C.C.

⁵ GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, pág. 56.

La distinción entre administración ordinaria y administración extraordinaria, acogida en el art. 180, párr. 2º del Código civil italiano, ya había sido tenida en cuenta por DIEZ PICAZO, "La situación jurídica del matrimonio separado", en *RDN*, 1961, págs. 7 y ss., pág. 49, si bien señalando que tal distinción se basa más en un criterio económico que jurídico.

En relación con el régimen de administración contenido en el Código civil, GARCIA VILLAVERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", en *RDM*, 1982, págs. 497 y ss., pág. 533, entiende que la distinción entre actos de ordinaria y extraordinaria administración es la regla general.

⁶ DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XVIII-2, Madrid, 1984, pág. 340. En este mismo sentido, LACRUZ (-SANCHO), *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 3ª ed. reimpr. actualizada [por] LUNA SERRANO/RIVERO HERNANDEZ/RAMS ALBESA, Barcelona, 1990, pág. 450.

⁷ DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho civil, IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1988, pág. 187.

2.- Plasmación del principio de igualdad: la cogestión

El art. 1375 C.C. dispone que "la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges". En este precepto se establece el principio general que debe regir la actuación de los cónyuges en materia económica dentro de la sociedad de gananciales, "sirviendo de introducción a los siguientes (preceptos), que lo modalizan y dotan de verdadero significado"⁸.

El art. 1375 C.C., en opinión unánime de la doctrina, consagra el principio de igualdad jurídica entre los esposos⁹. Y lo hace instaurando un principio general de **cogestión**¹⁰, lo que nos aparta de las modalidades existentes en el Derecho comparado. No se opta por la conservación del poder decisorio del marido, tal y como hizo el Derecho francés hasta su segunda reforma, en 1985, que estableció una gestión separada y paralela, ni por la gestión separada o individual recogida por el sistema de participación alemán, ni tampoco por la gestión disjunta del Derecho italiano. Sobre la base de la paridad jurídica, y tratando de salvar la independencia y libertad de los esposos, las facultades de administración y disposición son atribuidas a ambos cónyuges para que sean ejercidas conjunta o separadamente¹¹.

En lo que al encuadramiento general del alcance y significado del principio de cogestión se refiere, los problemas que se pueden suscitar nacen de los supuestos de actuación individual, no de los de actuación conjunta. En este sentido se ha dicho que el art. 1375 C.C. está consagrando un principio de "cogestión" que, a la hora de la

⁸ PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1375 a 1380", en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES y otros, II, Madrid, 1991, págs. 708 y ss., pág. 709.

⁹ Véase, por todos, DE LOS MOZOS, *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy*, I, Valladolid, 1981, págs. 114 y 118.

¹⁰ Véase, por todos, LACRUZ, en LACRUZ y otros, *El nuevo régimen de la familia*, II, Madrid, 1981, pág. 163.

¹¹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 342. En contra, GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 57, para quien "el sistema elegido más que ese intento de mantener la independencia de los cónyuges ha buscado evitar el que el marido pueda ver legitimada jurídicamente la exclusiva actividad que de hecho lleva a cabo".

disposición, se concreta siempre en una "codisposición", lo que significa que es necesario el consentimiento de ambos cónyuges y ambos "disponen"¹². También se ha afirmado que lo que ocurre en realidad es que cuando un cónyuge vende un bien está asumiendo la representación tácita de su consorte de tal manera que el posterior consentimiento no es confirmación –en contra del art. 1322 C.C.–, sino ratificación, pero exclusivamente del desplazamiento patrimonial¹³. Esta afirmación es duramente rebatida, alegándose que no es correcto entender que el poder dispositivo se ha otorgado conjuntamente a ambos cónyuges, sino que, al contrario, el poder dispositivo viene atribuido separadamente a cada cónyuge en paridad de rango, aunque siempre con la limitación de que, para ejercitar ese poder, el acto de disposición debe ser consentido por el consorte o autorizado por el juez; y ello, porque en ningún sitio se exige que el consentimiento tenga que ser igual ni tenga que manifestarse en la misma manera y porque así cobran verdadero sentido el sistema establecido por el art. 1322 C.C. y la posibilidad de acudir a la autorización judicial supletoria¹⁴.

Partiendo de las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1986 y de las resoluciones de la DGRN de 28 de marzo de 1983 y 15 de abril de 1983 y 28 de noviembre de 1986, se considera que cabe hablar de "actuación orgánica", en cuanto que la actuación individual tiene efectos para ambos cónyuges. Estas potestades orgánicas se caracterizan por las siguientes notas: son casos de representación en sentido amplio¹⁵; se trata de potestades conferidas por la misma ley o por las

¹² Esta es la opinión sustentada en un primer momento por DIEZ PICAZO, "De la administración de la sociedad de gananciales", en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, II, Madrid, 1984, págs. 1760 y ss., pág. 1763, mucho más matizada posteriormente, DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., págs. 187–188. En contra, CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, II, Madrid, 1988, págs. 103 y ss., pág. 109, para quien no es que sea imposible o impracticable la codisposición, sino que ésta sólo existirá cuando, de hecho, marido y mujer dispongan conjuntamente de un bien ganancial.

¹³ GIMENEZ DUART, "La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (Ensayo contra el art. 1322)", en *AMN*, XXVIII, págs. 233 y ss., pág. 361.

¹⁴ CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., págs. 108–116.

¹⁵ Hay representación porque los efectos de esa actuación afectan al patrimonio ganancial.

capitulaciones, y se atribuyen a cada esposo en calidad de tal y no en interés propio¹⁶.

En conclusión, la "actuación conjunta" de los cónyuges supone que, salvo en caso de actos a título gratuito (art. 1378 C.C.), es posible que el acto se realice por uno solo de los cónyuges con el consentimiento del otro, que quepa una autorización judicial supletoria y que la actuación individual produzca sólo anulabilidad¹⁷.

3.- La subsidiariedad del principio de cogestion

Lo primero que proclama el art. 1375 C.C. es el carácter subsidiario de la regla de la cogestión, que sólo entra en juego "en defecto de pacto en capitulaciones".

El art. 1375 C.C., en consonancia con la afirmación más amplia de que el régimen del matrimonio es el pactado en capitulaciones (art. 1315 C.C), en defecto de las cuales el régimen será el de la sociedad de gananciales (art. 1316 C.C.), ofrece a los cónyuges la posibilidad de que convengan, en sus pactos capitulares, un sistema de gestión distinto al contenido en el Código civil. Ante esta realidad se ha señalado que "hay una clara interferencia entre los principios de libertad e igualdad, que no resulta fácil de solucionar"¹⁸.

El interrogante que se suscita es hasta qué punto pueden los esposos alterar el régimen que se contiene en el Código, sin que se esté atentando contra el principio de igualdad.

¹⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, págs. 176 y 260-261. CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., pág. 209, afirma, por su parte, que "en rigor, el Código civil considera que tanto el marido como la mujer son órganos de gestión de la sociedad de gananciales como evidencia el art. 1347-3 del Código civil, e igualmente en cuanto, según mi criterio, otorga el poder de disposición a cada uno de los cónyuges (salvo que se trate de disposiciones a título gratuito)".

¹⁷ Véase PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1375 a 1380", cit., pág. 711.

¹⁸ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1760.

Los límites de los pactos capitulares ya han sido examinados¹⁹, y aquí únicamente debemos detenernos en una cuestión: ¿es contrario al principio de igualdad del art. 1328 C.C. el pacto por el cual se atribuye exclusivamente la gestión de los bienes al marido o a la mujer? Las posiciones doctrinales al respecto son variadas: el acuerdo va contra el art. 1328 C.C., pero de ello no se concluye que el pacto sea nulo, sino que equivaldría a un apoderamiento revocable²⁰; el pacto es nulo, siempre y cuando se atribuya la administración a un cónyuge de forma absoluta, permanente e injustificada²¹; el pacto que atribuye a uno de los cónyuges la administración, es válido, pero no el que le atribuye la disposición²²; el pacto es válido, tanto para la administración como para la disposición, en tanto no de lugar a una situación abusiva²³, aun cuando sea irrevocable²⁴; el pacto es válido, pero siempre que no sea irrevocable²⁵.

¹⁹ Véase supra capítulo VII, apdo. III, 2.

²⁰ ALVAREZ-SALA WALTER, "Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica y márgenes a la libertad de estipulación capitular", en *RDN*, 1981, pág. 7 y ss., págs. 12-14. En este mismo sentido, GIMENEZ DUART, "La gestión de la comunidad de gananciales", en *ADC*, 1982, pág. 571 y ss., pág. 572.

²¹ AMOROS GUARDIOLA, "De las capitulaciones matrimoniales", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., págs. 1515 y ss., pág. 1545; DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1761.

²² AVILA ALVAREZ, "El régimen económico matrimonial...", cit., págs. 1391-1393, quien, a continuación, hace un contrarrazonamiento.

²³ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 452; QUILEZ ESTREMER, "La libertad capitular y los arts. 1328, 1320 y otros del Código civil", en *RCDI*, 1982, págs. 361 y ss., pág. 364; TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, cit., págs. 1582 y ss., pág. 1688; TORRES GARCIA, "La administración de los bienes...", cit., pág. 735; VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Madrid, 1982, pág. 131.

²⁴ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 348, GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 59, si bien implícitamente; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 452, y PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1375 a 1380", cit., pág. 709.

²⁵ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1761; DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 188; GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, págs. 428-429 y 439.

4.- Asunción de la realidad: el margen de actuación individual

Como hemos visto, el Código sanciona la idea de cogestión como principio básico en orden a la actuación sobre los bienes. Es decir, la actuación conjunta se erige en principio cardinal para legitimar la responsabilidad de los bienes comunes. Ahora bien, puesto que la actuación conjunta para todos los actos que afecten a la esfera patrimonial común constituiría un grave entorpecimiento para la dinámica de la vida económica del matrimonio, el legislador ha tenido que buscar un punto de equilibrio entre dos principios antitéticos: el de la igualdad y equiparación en la gestión que exige esa actuación común y el de la agilidad necesaria para atender a las necesidades de la vida ordinaria que exige una actuación individualizada.

Pues bien, el legislador, consciente de las necesidades del tráfico, ha articulado unos sectores de actuación individual, "sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes", atenuando así el principio de cogestión. Esquemáticamente ese margen de actuación individual es el siguiente: cada uno de los cónyuges puede realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso (art. 1378 C.C.); cada cónyuge es administrador de su patrimonio y, en tal concepto, puede disponer de los frutos y productos de sus bienes (art. 1381 C.C.); cada cónyuge tiene derecho a la provisión de fondos necesarios para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes (art. 1382 C.C.); cada cónyuge puede realizar actos de administración sobre los bienes de los que es titular o se encuentran bajo su poder, e incluso disponer de dinero o títulos valores en tales circunstancias (art. 1384 C.C.); los derechos de crédito serán ejercitados por el cónyuge a cuyo nombre aparezcan constituidos (art. 1385, párr. 1º C.C.); cada uno de los cónyuges puede defender los bienes comunes (art. 1385, párr. 2º C.C.); para los gastos necesarios, aunque sean extraordinarios y, con más razón, para la atención de las necesidades ordinarias de la familia, es suficiente el consentimiento de uno solo de los cónyuges (arts. 1386 y 319 C.C.), y, por último, cabe que en ciertos casos, bien por decisión de los tribunales (art. 1388 C.C.), bien por ministerio de la ley (art. 1387 C.C.), la gestión corresponda a uno solo de los cónyuges.

Esta mitigación de la cogestión ha llevado a afirmar, más o menos velada o

rotundamente, que la regla general queda devaluada frente a las especiales²⁶.

II.- LA LEY DE 13 DE MAYO DE 1981 Y LOS ARTS. 6 A 12 DEL CODIGO DE COMERCIO

La ley de 2 de mayo de 1975 dió un nuevo contenido a los arts. 6 a 12 del Código de comercio, al tiempo que modificaba determinados preceptos del Código civil, pero mientras éste último fue nuevamente modificado por la ley de 13 de mayo de 1981, aquél ha permanecido inalterado. Habida cuenta de que la reforma del año 81 ha establecido un sistema notablemente distinto no sólo respecto de las normas civiles que deroga, sino también de las normas mercantiles, se plantea la duda de si la ley de 13 de mayo reforma también el Código de comercio.

Como es sabido, los arts. 6 a 12 C. com. contemplan fundamentalmente dos cuestiones: la responsabilidad de los bienes gananciales por razón de las obligaciones contraídas en el ejercicio del comercio y las facultades dispositivas sobre los bienes obtenidos de los resultados del mismo.

Al tratar de despejar la duda planteada, se echa de menos, una vez más, una Exposición de Motivos clarificadora. El texto de la del Proyecto de ley de 14 de septiembre de 1979 nos dice poco o nada. No obstante la ausencia de referencias directas a los temas de coordinación entre los Códigos civil y de comercio, de dicho texto se extrae la idea de que el legislador únicamente quiere completar el proceso iniciado en 1975²⁷, lo que parecería abonar la idea de que se mantiene la aplicación preferente de la ley especial sobre la general²⁸.

²⁶ ECHEVARRIA ECHEVARRIA, "Los límites de la responsabilidad ganancial", en *Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Madrid, 1981, págs. 149 y ss., pág. 170; GARRIDO CERDA, "Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro", en *AAMN*, XXV, págs. 143 y ss., pág. 157; GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 246; QUILEZ ESTREMER, "La libertad capitular...", cit., pág. 371., y Sentencia AT Sevilla de 6 de diciembre de 1984.

²⁷ Véase ESPAÑA. CORTES GENERALES, *Código civil (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios*, I, Madrid, 1985, págs. 170-171.

²⁸ GARCIA VILLAVERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., pág. 531; LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras

Por lo que a la responsabilidad por las obligaciones contraídas en el ejercicio del comercio se refiere, a la vista de la remisión expresa que hace el art. 1365 C.C., es opinión unánime la vigencia del Código de comercio²⁹. En cuanto a la subsistencia de las normas específicas del C. com. sobre administración y disposición, las posiciones doctrinales son variadas. Dado que el Código sólo deja a salvo el particular régimen de responsabilidad, debe pensarse que el régimen de administración y disposición queda derogado, ya que hay algunas normas que facilitan el tráfico jurídico, pero ninguna faculta a disponer de las "mercaderías"³⁰. Sobre la base de argumentaciones difusas, que en ocasiones sirven de fundamento para disgresiones

la ley de 13-5-1981", en *RJC*, 1983, págs. 585 y ss., pág. 606; PEREZ-JOFRE ESTEBAN, "El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales", en *AMN*, XXVIII, págs. 193 y ss., pág. 200. En este mismo sentido, CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., pág. 154, quien esgrime el siguiente argumento: "Los artículos 6 y siguientes del Código de comercio están redactados como si la situación jurídica del marido y la mujer en la sociedad de gananciales fuese idéntica, cosa que no era cierta cuando esos artículos se promulgaron, pero que sí lo es ahora, después de la Ley de 13 de mayo de 1981. Por eso el artículo 6 del Código de comercio no añadía nada a las facultades dispositivas del marido, aunque se las concediera, limitadas, a la mujer. El artículo 6º, en cambio, es ahora de evidente utilidad, si se le reputa vigente en su totalidad, tanto respecto del marido como de la mujer, pues les permite disponer individualmente de los bienes adquiridos a las resultas del comercio. Sería, por consiguiente, paradójico que justamente cuando se ha hecho efectiva la igualdad de los esposos una norma concebida precisamente desde esa perspectiva se entendiera parcialmente derogada".

²⁹ Véase, por todos, GARCIA VILLAVARDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., págs. 532-533, quien, no obstante, considera que la referencia se ha hecho "en un contexto sumamente desafortunado". Por otra parte, al hacer la consideración de que la remisión del art. 1365 C.C. deja vigente el régimen de responsabilidad establecido en el art. 6 C. com., apunta que el término "directamente" del art. 1365 C.C. en relación con el párrafo 4º del art. 1362 C.C., que pone a cargo de los gananciales los gastos que se originan "por la explotación de los negocios o el desempeño de la profesión arte u oficio de cada cónyuge", puede hacer pensar que cabría una afectación subsidiaria de los bienes gananciales que no provienen de las resultas del comercio, en contra de lo previsto en la legislación mercantil; posibilidad que niega, poniendo de manifiesto que ambos preceptos juegan en los mismos casos, si bien con ámbitos distintos, pues el uno se refiere a la relaciones internas de los esposos y el otro a las externas.

CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., pág. 145, nota, 62, parece manifestarse en contra. Sin embargo, a nuestro juicio, lo que hace es una interpretación sesgada del problema propuesto, en tanto que contempla el planteamiento, pero ignora el razonamiento y la solución dada.

³⁰ VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I-1, Barcelona, 1991, pág. 116.

marginales, y que acaban generando contradicciones, se defiende la derogación del régimen del Código de comercio³¹. Afirmación no tanto de la efectiva derogación del Código de comercio, como de que "no existe fundamento para mantener un régimen distinto o privilegiado para el comerciante, y aquella remisión (la del art. 1365) parece que se hace pensando en la futura reforma del Código de comercio"³². No se hace alusión alguna a la ley de 13 de mayo de 1981³³. La posición mayoritaria, sin embargo, se decanta por entender vigente el Código de comercio, bien presuponiendo sin más su subsistencia³⁴, bien alegando que la remisión del art. 1365 C.C. "exige, por coherencia lógica, entender vigente el régimen mercantil en todos sus extremos"³⁵, bien afirmando que no tiene sentido alguno establecer la responsabilidad de unos bienes frente a una actuación individual y, paralelamente, no admitir que legítimamente no puedan ser individualmente gestionados³⁶, bien entendiendo que si se aplica la norma

³¹ BLANQUER UBEROS, "La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones", en *AAMN*, XXV, págs. 43 y ss., pág. 128; GIMENEZ DUART, "Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981", en *RCDI*, 1982, págs. 117 y ss., pág. 132, y "Cargas y obligaciones del matrimonio", en *RDP*, 1982, págs. 542 y ss., pág. 549.

³² DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 185. En el mismo sentido, PEREZ-JOFRE ESTEBAN, "El cónyuge comerciante...", cit., pág. 231.

³³ ILLESCAS ORTIZ, "El empresario individual. Supuestos especiales", en JIMENEZ SANCHEZ y otros, *Derecho mercantil*, Barcelona, 1990, págs. 122 y ss., pág. 129.

³⁴ BISBAL MENDEZ, "Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio", en *RJC*, 1982, págs. 349 y ss., pág. 351; BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1990, pág. 81; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 284; GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 406; LACRUZ (-SANCHEO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 422; MARTINEZ VAL, "Algunos aspectos sobre el régimen económico matrimonial y su incidencia mercantil", en *RGD*, 1986, págs. 2469 y ss., pág. 2474; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil, IV, Familia*, Barcelona, 1985, pág. 146; RAGEL SANCHEZ, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, pág. 140; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1991, pág. 57; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1989, págs. 135-136.

³⁵ LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., pág. 608.

³⁶ GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 301, quien, sin embargo, más adelante (pág. 332) dice "que en materia de actos dispositivos no hay razón alguna para seguir considerando la vigencia del art. 6 del Código de comercio tras la reforma ocasionada en el Código civil en 1981".

de la gestión conjunta que se exige para los actos de administración extraordinaria ello implicaría necesariamente decisiones empresariales conjuntas, dando lugar a una sociedad mercantil irregular entre los cónyuges, quienes resultarían solidariamente responsables de las deudas contraídas en la actividad empresarial³⁷, con lo que se contradiría la regla de responsabilidad del Código de comercio a la que remite el propio Código civil³⁸.

III.- LA GESTION DE LOS BIENES GANANCIALES

El poder concurrente de cada cónyuge sobre los bienes gananciales, que se manifiesta en las facetas de cogestión y coadministración, es un poder que deriva de la posición de los esposos en el matrimonio, y que tiene un claro aspecto de función, en tanto que cada esposo se encuentra en cierta medida obligado a administrar, a la vez que legitimado para hacerlo. Dado su carácter personalísimo y su configuración como poder-función, es indelegable en terceros, aunque no en el otro cónyuge³⁹.

La regla de la codisposición supone la coposesión, aunque habría que distinguir quién es el que posee y a quién corresponde la posesión, pues no en vano la de los bienes comunes corresponde conjuntamente a ambos esposos, con independencia de quién sea el poseedor⁴⁰. Distinción que, sin embargo, a juicio de la doctrina, puede obviarse en este lugar, ya que daría lugar a disquisiciones interminables, según los tipos y grados de posesión⁴¹.

Cuando los cónyuges actúan conjuntamente, o lo hace el uno con el

³⁷ GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., págs. 532-533, seguido por CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., pág. 147.

³⁸ GARCIA VILLAYERDE, *ob. cit.*, pág. 533, PEREZ-JOFRE ESTEBAN, "El cónyuge comerciante...", cit., pág. 201.

³⁹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 351; GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, págs. 429-430; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 452.

⁴⁰ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 452.

⁴¹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 352, texto y nota 32.

consentimiento del otro, su actuación es por cuenta de la comunidad (art. 1375 C.C. en relación con el art. 1367 C.C., según el cual "los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro"), aunque también actuando uno solo en los casos en que se encuentre legitimado, sin necesidad de alegar su cualidad frente al tercero⁴², pues el legislador no exige en ningún momento que el cónyuge gestor, o ambos en su caso, concurren ostentando la representación de una masa que carece de personalidad jurídica⁴³. Y lo mismo sucede con la legitimación pasiva. En principio, "las declaraciones recepticias relativas a los asuntos comunes o las demandas deben dirigirse frente a ambos cónyuges si se quiere comprometer los bienes comunes"⁴⁴, lo que es innecesario cuando el cónyuge requerido está legitimado para enajenar o comprometer individualmente los bienes⁴⁵.

1.- El consentimiento dual

La actuación conjunta no significa verificación conjunta del acto, sino que cuando falte la legitimación para la actuación separada de cualquiera de los esposos, éstos han de actuar de acuerdo, es decir, es preciso el consentimiento dual. Este actuar de acuerdo es innecesario cuando se trata de enajenaciones obligadas o forzosas, supuestos en los que no se pone en juego el consentimiento de los esposos⁴⁶.

La doctrina se manifiesta unánime en cuanto a que el sistema de actuación conjunta que rige en el ámbito de la sociedad de gananciales es distinto al que impera en el régimen de la comunidad de bienes. En la comunidad disponen los dos

⁴² RGDR de 2 de febrero de 1983.

⁴³ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 453.

⁴⁴ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 452.

⁴⁵ AP Bilbao, S. de 8 de marzo de 1986. Véase también CABALLERO GEA, *Régimen económico matrimonial en los Tribunales y Registros*, Madrid, 1991, págs. 320-322.

⁴⁶ Véanse DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 355; GIMENEZ DUART, "La gestión de la comunidad...", cit., pág. 576; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., págs. 454-455.

comuneros, cada uno respecto de su cuota, y en la sociedad de gananciales cada cónyuge puede actuar con el consentimiento del otro. Es decir, la posición de los cónyuges no es la misma que la de dos copropietarios⁴⁷.

Sin duda, hay algo diferente en el consorcio conyugal, como lo demuestra el art. 1322 C.C. Cada esposo puede realizar un acto de gestión que puede ser confirmado expresa o tácitamente por el otro cónyuge, y que si no lo es, puede quedar revalidado por la prescripción de la acción de impugnación de éste (art. 1311, *in fine* C.C.), lo que encaja con la existencia de actuaciones separadas de los cónyuges, mediante las cuales pueden obligar a la sociedad de gananciales (art. 1365 y 1369 C.C.)⁴⁸.

El consentimiento puede prestarse de dos maneras, bien contractualmente, caso en el que los dos cónyuges actúan contractualmente o el uno verifica el acto con el consentimiento del otro, bien mediante el mero asentimiento al compromiso o acto de enajenación del actuante, suficiente para vincular los bienes comunes, pero no los privativos del esposo que sólo asintió o no se opuso al acto⁴⁹.

El consentimiento puede ser anterior o posterior al acto. Cuál sea la caracterización del consentimiento anterior no es cosa claramente delimitada pues, o bien se elude cualquier explicación⁵⁰, bien se diferencia del poder sin una precisión ulterior⁵¹, o bien se proponen diversos contenidos, "se tratará de un poder o de un mandato, o de una autorización o delegación"⁵². En cuanto al consentimiento posterior,

⁴⁷ Véanse, por todos, AVILA ALVAREZ, "El régimen económico matrimonial...", cit., pág. 1393 y BLANQUER UBEROS, "La idea de comunidad...", cit., págs. 89-90.

⁴⁸ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII, cit., pág. 356; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 455, y, últimamente, GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 234.

⁴⁹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 357; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 456.

⁵⁰ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 458.

⁵¹ AVILA ALVAREZ, "El régimen económico matrimonial...", cit., pág. 1394.

⁵² DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 361.

lo que la doctrina analiza es su eficacia, entendiendo que el mismo vale como confirmación del acto anulable, y no como perfección del acto incompleto⁵³. Por lo demás el consentimiento puede ser general, y manifestarse tácita o expresamente⁵⁴, siendo lo importante el que de algún modo concurra la voluntad de ambos esposos, antes, simultánea o posteriormente al acto.

2.- La autorización judicial supletoria

La prestación del consentimiento es una manifestación del principio de colaboración que informa las relaciones entre los cónyuges, de ahí que la negativa injustificada a prestar dicho consentimiento pueda ser suplida por una autorización judicial. Y lo mismo se establece para aquellos casos en que el cónyuge que deba prestarlo se halle impedido para hacerlo (arts. 1376 y 1377, párr. 2º C.C.).

Veamos previamente qué se entiende por impedimento o negativa. Por impedimento ha de entenderse "situación de hecho que no permita prestar el consentimiento" y, como tal situación de hecho, ha de ser el juez quien la aprecie. Por ello la doctrina considera que la aplicación del art. 1376 es más hipotética que real, pues su funcionalidad práctica queda circunscrita a situaciones que no sean de extraordinaria urgencia, caso en el que entra en juego la autorización para hacer gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios (art. 1386 C.C.), ni de una necesidad permanente consolidada, supuesto en el que se daría entrada a la transferencia de la gestión a uno sólo de los cónyuges (art. 1388 C.C.), lo que ha llevado a la afirmación de que existe una cierta redundancia entre los arts. 1376 y 1388 C.C.⁵⁵. En cuanto a la negativa injustificada, se entiende por tal tanto la que carece de toda justificación expresada, como aquélla en la que las razones expresadas no son compartidas por el cónyuge que solicita la autorización judicial. La apreciación de la negativa ha de ser siempre subjetiva y sobre la base de este elemento anímico

⁵³ Véanse DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 361, y LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 458.

⁵⁴ STS de 6 de diciembre de 1983, 5 de mayo y 24 de noviembre de 1986, 14 de marzo de 1989 y 7 de junio de 1990.

⁵⁵ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1762.

el juez examinará si la petición está fundada o no⁵⁶.

Los arts. 1376 y 1377, párr. 2º C.C. dicen que el juez puede suplir el consentimiento conyugal "si encontrare fundada la petición" y "si lo considera de interés para la familia"⁵⁷. Estas puntualizaciones imponen al juez la apreciación del posible beneficio del acto propuesto, así como las desventajas de que se omita, pero no sólo para el cónyuge solicitante, sino para la familia en su conjunto⁵⁸.

No obstante las similitudes entre ambos preceptos, existen diferencias entre uno y otro. Cuando se trata de actos de administración la autorización puede referirse a un acto o a un grupo de actos, pero nunca puede ser tan amplia que modifique sustancialmente la posición de los esposos dentro del consorcio⁵⁹. Por el contrario, cuando se trata de actos de disposición a título oneroso⁶⁰, el art. 1377, párr. 2º C.C. especifica que el juez podrá autorizar uno o varios actos, actos que, según la doctrina, debe ser concretos, no admitiéndose, por tanto, la autorización para grupos de actos, sean de la misma o de distinta naturaleza⁶¹. La segunda diferencia radica en que para

⁵⁶ PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1375 a 1380", cit., pág. 714.

⁵⁷ El art. 217, párr. 1º C.C. francés permite que un esposo pueda ser autorizado judicialmente para realizar solo un acto para el que es necesario el consentimiento del otro, si éste no puede manifestar su voluntad o si su negativa no está justificada en el interés de la familia. El art. 181 C.C. italiano, por su parte, previene la misma solución para los actos de extraordinaria administración o para los demás actos para los que se requiera el consentimiento de ambos, pudiendo el cónyuge interesado dirigirse al juez, en el caso de que la estipulación sea necesaria para el interés de la familia o de la "azienda" común.

⁵⁸ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1764; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 461. Para GIMENEZ DUART, "La gestión de la comunidad...", cit., pág. 576, respecto de los actos de disposición a título oneroso procede el criterio de la utilidad y para los de administración el de la falta de perjuicio.

⁵⁹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 462; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 362.

⁶⁰ Para los actos de disposición a título gratuito es inexcusable el consentimiento de ambos cónyuges, sancionándose su defecto con la nulidad del acto (arts. 1322 y 1378 C.C.).

⁶¹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 363.

los actos de disposición el juez puede acordar las limitaciones o cautelas que estime convenientes, precisión que no existe para los de administración⁶².

En lo que al procedimiento judicial se refiere, según la Disposición transitoria 10ª de la ley 11/81, de 13 de mayo, mientras no se modifique la LEC se aplicarán las normas de jurisdicción voluntaria (art. 1811 y ss. LEC) para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en dicha ley. Modificada la LEC por la ley 34/84, de 6 de agosto, su Disposición derogatoria deja subsistentes los procedimientos especiales de la ley de 13 de mayo de 1981 para las pretensiones que se formulen al amparo de los preceptos contenidos en los Título IV y V del Libro I del Código civil, ámbito en el que, evidentemente, nos estamos moviendo⁶³. Ahora bien, el procedimiento de jurisdicción voluntaria se aplicará a aquellos supuestos que, requiriendo una rápida solución, se someten por ley al criterio del juez sin especificar el juicio a seguir. Pero, cuando haya un procedimiento específico y concreto entre los de jurisdicción voluntaria aplicable al supuesto concreto, será tal procedimiento, y no el genérico, el que habrá de observar el juez⁶⁴.

3.- Consecuencias de la falta de consentimiento o autorización

A la vista de los arts. 1322⁶⁵ y 1301, *in fine*⁶⁶ del Código civil, es indudable que

⁶² Véase, por todos, LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 462. No obstante, en contra PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1375 a 1380", cit., pág. 714.

⁶³ PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1375 a 1380", cit., pág. 714, cuestiona la vigencia de la Disposición transitoria 10ª, mientras que PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 264, nota 141, justifica la vigencia de la misma en los siguientes términos: "La reforma de 1984 no es la reforma total que preanuncia la misma disp. tr. 10ª citada, sino que es un anticipo parcial de ella según confirma la E. de M. de la Ley de 1984. La repetida disp. tr. 10ª sigue vigente en cuanto disp. que no se opone a lo establecido en la L. 6 agosto 1984".

⁶⁴ Véanse LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., págs. 82-86 y GIMENEZ DUART, "La gestión de la comunidad...", cit., págs. 576-577, nota 5.

⁶⁵ "Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos.- No obstante, serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el

el acto realizado por un cónyuge sin el consentimiento del otro, y sin autorización judicial supletoria, en su caso, en el marco de los arts. 1376 y 1377, es anulable, pero con una anulabilidad "especial", que no impide la confirmación expresa o tácita⁶⁷ por el cónyuge cuyo consentimiento se omitió (art. 1322 C.C.)⁶⁸, pero no por el juez, ya que realizada la actuación individual es el cónyuge que no vió respetadas sus facultades el que se encuentra en posición de decidir si el acto va a afectar o no al patrimonio⁶⁹. Mientras se produce la confirmación, el acto, frente a terceros, es válido, aunque pueda ser anulado (art. 1300 C.C.), pero una vez confirmado (art. 1310 C.C.) es inatacable, quedando purificado de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración (art. 1313 C.C.).

Esta anulabilidad atípica tiene mayor trascendencia cuando se trata de actos de disposición, y más concretamente en el caso de venta de bienes comunes sin el preciso consentimiento conyugal; contrato cuya invalidez no pueden pedir las partes, sino un tercero. En consecuencia, "la enajenación es inoponible al que no la consintió, pudiendo dicho esposo considerar el bien como subsistente en el patrimonio consorcial mientras no prescriba la acción de impugnación. Frente a él, pues, el acto, más que inválido, es inexistente, consecuencia discordante de la anulabilidad típica"⁷⁰.

consentimiento del otro cónyuge".

⁶⁶ "La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr... Si la acción se dirigiese a invalidar actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario, desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio, salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato".

⁶⁷ La anulabilidad atípica o especial del art. 1322 C.C. ha sido objeto de un detenido análisis por parte de GIMENEZ DUART, "La adquisición y disposición...", cit., págs. 330-345 y 363-364, quien, partiendo de una crítica frontal al precepto, acepta que los actos son susceptibles de anulación y confirmación, pero siempre que se reconozca que ambas son especiales, "tan especiales que la anulación en una 'ineficacia atributiva' y la confirmación está muy próxima a la ratificación"; tesis duramente rebatida por CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., págs. 191-226.

⁶⁸ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 365.

⁶⁹ PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1375 a 1380", cit., pág. 714.

⁷⁰ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 463, seguido por DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 365. En contra, aunque matizadamente,

Respecto de los actos de disposición a título oneroso se establece, pues, que la omisión del consentimiento del cónyuge que no ha otorgado el acto o, en su caso, de la autorización judicial, determina únicamente la anulabilidad. En cuanto al fundamento de ésta se ha dicho que el acto se reputa simplemente anulable porque la ley al exigir el consentimiento dual no ha querido atribuir mancomunadamente a los esposos el poder de disposición sobre los bienes comunes⁷¹.

El Tribunal Supremo, por su parte, siguiendo la línea marcada antes de la reforma, en relación con los negocios dispositivos del marido sobre inmuebles o establecimientos mercantiles del anterior art. 1413 C.C.⁷², reafirma la anulabilidad de las actuaciones unilaterales que precisan el consentimiento dual⁷³.

4.- Actos de administración y disposición

La rúbrica de la sección cuarta habla de "administración de la sociedad de gananciales", como denominación genérica de su contenido, el art. 1375 contiene los términos gestión y disposiciones, y los arts. 1376 y 1377, párr. 1º, por su parte, contraponen, respectivamente, los actos de administración y disposición. Frente al sentido amplio de la rúbrica, la contraposición de los arts. 1376 y 1377, párr. 1º tiene un sentido rigurosamente técnico.

Unos⁷⁴ y otros⁷⁵ actos requieren, en principio, la actuación conjunta, pero se

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 176.

⁷¹ CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., pág. 114.

⁷² Entre las sentencias que consideran anulables los actos del marido realizados sin el consentimiento de la mujer pueden citarse, entre otras, las de 7 de febrero, 13 de marzo y 21 de abril de 1964, 3 de marzo de 1969, 26 de diciembre de 1970, 7 de junio de 1972, 4 y 12 de mayo y 4 de octubre de 1979; en el mismo sentido las RDGR de 28 de marzo de 1969 y de 15 de marzo de 1972. En contra una única sentencia, la de 11 de octubre de 1978.

⁷³ STS de 19 de octubre de 1984, 8 de noviembre de 1985, 5 de mayo de 1986, 3 de junio de 1988, 8 de junio y 15 de diciembre de 1989, 20 de marzo, 17 de abril y 11 de octubre de 1990.

⁷⁴ Art. 1376 C.C.: "Cuando en la realización de actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges..."

diferencian entre sí. Las posibilidades de actuación individual son mucho mayores en los actos de administración, y las de sustitución conyugal o judicial son más limitadas en los de disposición⁷⁶. A estas dos diferencias se puede añadir una tercera. En materia de administración la actuación conjunta se plantea con una hipotética afirmación –"cuando... fuere necesario..."–, mientras que en cuestión de disposición se especifica claramente que los actos a título oneroso y a título gratuito, aunque con consecuencias distintas en uno y otro caso –anulabilidad y nulidad–, requieren el consentimiento dual. Es decir, en materia de disposición hay que empezar por despejar la incógnita de qué actos son de administración, determinación a la que habrá que llegar a través de la exclusión sucesiva de los supuestos de actuación individual de los arts. 1381 y ss. del Código civil. En materia de disposición, por el contrario, se dice expresamente qué actos –onerosos y gratuitos–⁷⁷.

5.– La actuación individual

Como hemos visto, el legislador del 81 ha establecido unas reglas específicas, en virtud de las cuales legitima a cada uno de los cónyuges para llevar a cabo actos de administración y disposición, sin intervención de los órganos judiciales.

Cuál sea el significado de estas normas ha sido puesto de relieve por la doctrina más autorizada⁷⁸: "no se pueden tomar en cuenta preceptos como los aquí agrupados, como meras excepciones o limitaciones del principio general de la actuación conjunta, según hemos venido diciendo en el comentario a los artículos precedentes, pues esto puede llegar a ser casi una falacia. Cuando realmente aquel principio hay que entenderle, precisamente, desde sus límites y, en este sentido, en relación con este tema, habrá pocos artículos que sean tan significativos como los

⁷⁵ Art. 1377, párr. 1º C.C.: "Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges".

⁷⁶ LACRUZ (–SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., págs. 463–464.

⁷⁷ Véase PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1375 a 1380", cit., págs. 712–713 y 715–716.

⁷⁸ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII–2, cit., págs. 375 y 384.

1381 a 1383⁷⁹ y que vienen a ser como un paradigma de la situación de los cónyuges en la sociedad de gananciales, mucho más aún, todavía, que los tres siguientes (arts. 1384 a 1386)⁸⁰, que suponen un desarrollo práctico de esa misma situación, en interés del tráfico jurídico, fundamentalmente", y que "aunque contribuyen al mismo resultado, hay que relacionarlos más con el interés de la comunidad que con el propio y específico de la situación de los cónyuges en relación con ella, ya que propiamente configuran *titularidades* de gestión y disposición de determinados bienes comunes, por razón de su naturaleza (arts. 1384 y 1385, 1), o por razón de las circunstancias (art. 1386), titularidades que se atribuyen de manera separada e independiente a cada uno de los cónyuges, o a uno de ellos, para facilitar la gestión y la defensa (art. 1385, 2) del patrimonio común".

Se puede decir que estas facultades individuales se actúan dentro del marco del art. 1383. Este precepto tiene su origen en la ley de 13 de mayo de 1981 y carece de precedentes en nuestro ordenamiento. Su inclusión se justifica para recoger las orientaciones de los puntos 12 y 16 de la Resolución 37/78 de 27 de septiembre del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre igualdad de los cónyuges en

⁷⁹ Art. 1381 C.C.: "Los frutos y ganancias de los patrimonios privativos y las ganancias de cualquiera de los cónyuges forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales. Sin embargo, cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo, podrá a este solo efecto disponer de los frutos y productos de sus bienes".

Art. 1382 C.C.: "Cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes".

Art. 1383 C.C.: "Deben los cónyuges informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimiento de cualquier actividad económica suya".

⁸⁰ Art. 1384 C.C.: "Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren".

Art. 1385 C.C.: "Los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos.— Cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o excepción".

Art. 1386 C.C.: "Para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios, bastará el consentimiento de uno solo de los cónyuges".

Derecho civil⁸¹. La existencia de este llamado "deber de información" debe considerarse lógica, pues puede decirse que no es sino un indicio de la comunidad de intereses existente entre los cónyuges bajo el régimen de gananciales, en el cual entran también las empresas y profesiones de cada uno⁸².

No obstante, es discutible si el legislador actúa correctamente al establecer expresamente este deber, ya que puede pensarse que su efectividad, la de la norma, es un tanto particular, pues entre los cónyuges debe existir una relación de confianza recíproca y un deber mutuo de colaboración y sólo cuando aquella situación cesa puede aparecer este deber legal⁸³. Por tanto, esta norma debe incardinarse, con una función de bisagra, entre el deber de respeto a la actuación individual y la necesaria colaboración entre los cónyuges. No obstante, puede predicarse de la misma que es una medida prudente del legislador, pues no es infrecuente que uno de los esposos viva en la mayor ignorancia sobre los bienes gananciales⁸⁴.

El deber de información no puede extenderse más allá de la misma sociedad de gananciales, es decir, debe reacer sobre lo que es objeto del consorcio, la ganancia, y en concreto sobre lo que determine una modificación del balance del mismo⁸⁵. Respecto a la forma en que ha de cumplirse este deber se estima que el Código civil lo articula para un juego muy flexible⁸⁶, de forma que no es necesario dar informaciones detalladas, ni un inventario, ni presentar los libros del negocio o las cuentas⁸⁷, sino que es suficiente una visión general de la marcha de los asuntos⁸⁸. El hecho de que el precepto hable de información periódica no significa, en ningún caso,

⁸¹ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 265, nota 144.

⁸² LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 468.

⁸³ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 383.

⁸⁴ DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 197.

⁸⁵ DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 197.

⁸⁶ DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 197.

⁸⁷ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 468.

⁸⁸ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 383.

que se trate de una rendición de cuentas periódica⁸⁹.

La sanción del incumplimiento grave y reiterado de este deber es la posibilidad ofrecida al otro cónyuge (art. 1393-4º C.C.) de solicitar judicialmente la disolución de la sociedad. No obstante, el ejercicio de la facultad de demandar la información debe hacerse sin abuso⁹⁰.

5.1.- Facultades sobre los frutos o ganancias

La ley de 13 de mayo de 1981 recoge en el art. 1381 C.C. la doctrina vigente en relación con la administración por la mujer de sus bienes parafernales⁹¹, y la recoge bilateralizándola.

Se reconoce la sola actuación individual del cónyuge para poder realizar actos de administración y disposición sobre los frutos y productos de los bienes propios, a pesar de que forman parte del haber ganancial. Esta potestad de gestión no es absoluta, ya que se reconoce solamente, en cuanto sirve de cauce a la gestión de los bienes privativos, a **este solo efecto**, como señala el propio texto legal⁹², lo que determina que sólo es lícita en cuanto es precisa a tal fin, pero no a efectos distintos, pues son bienes gananciales y el cónyuge no puede servirse de los mismos en beneficio propio⁹³.

La atribución de estas facultades a los esposos tiene su razón de ser en que la gestión de los bienes privativos es una carga de los bienes gananciales (art. 1362-3º C.C.). De ahí que los cónyuges puedan poner en juego no sólo los frutos y ganancias de sus patrimonios privativos, sino también las ganancias de cada uno de ellos. Ahora

⁸⁹ Véase, por todos, DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 383. En contra, VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio...*, cit., págs. 304-306.

⁹⁰ DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 197.

⁹¹ Véase GOMEZ LAPLAZA, *De los bienes parafernales*, Salamanca, 1976, págs. 436-446.

⁹² Véase DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 377.

⁹³ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 466.

bien, si el cónyuge se excede en sus facultades, el exceso en el gasto le convierte en deudor de la sociedad⁹⁴.

La actuación del cónyuge ha de ser en interés de la sociedad, no en su detrimento y perjuicio. Si se prueba que la actuación no es en interés de la familia, o que los gastos han sido perjudiciales, el cónyuge deberá restituir el exceso, el gasto injustificado y desproporcionado, a la comunidad, como acto en fraude de los derechos de su consorte del art. 1391 C.C.⁹⁵.

5.2.- Facultades sobre el numerario ganancial

Si cada cónyuge administra libremente su patrimonio y puede desarrollar el ejercicio de una profesión, es lógico que se le habiliten los medios necesarios para que ello tenga lugar, y estos medios no pueden proceder sino del patrimonio ganancial, ya que tanto lo obtenido por ejercicio de la profesión como por rendimiento del patrimonio privativo forman parte de aquél⁹⁶. A esto se añade que los gastos que se originen en la administración ordinaria de los bienes privativos, la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge son de cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362 C.C.), con lo que el art. 1382 es consecuencia del art. 1362⁹⁷.

El precepto habla de "anticipo" y "numerario ganancial". Veamos qué se entiende por tales.

Respecto al anticipo se ha dicho que la norma se limita a describir el hecho económico en sí mismo sin calificar su naturaleza jurídica⁹⁸. Se ha apuntado que no

⁹⁴ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 378.

⁹⁵ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 378-379; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 467.

⁹⁶ TORRES GARCIA, "La administración de los bienes...", cit., pág. 763.

⁹⁷ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1769.

⁹⁸ GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 433.

es correcto hablar de "anticipo", ya que ello obligaría a devolver la cantidad tomada, estimando más apropiado referirse a la "provisión de fondos"⁹⁹. Así mismo se ha defendido que nos encontramos ante un préstamo previo de la sociedad a uno de los esposos¹⁰⁰. La cuestión debe resolverse teniendo en cuenta no tanto si se trata de provisión de fondos o de préstamo, cuanto que su juego se produzca cumpliendo los requisitos que establece el precepto¹⁰¹.

En cuanto a si es o no necesario que se pague a la sociedad de gananciales algún tipo de interés, es clara la respuesta negativa para el supuesto de que exista provisión de fondos para atender lo que no son sino cargas de los bienes gananciales, a lo que se ha de añadir una razón de equidad, ya que es presumible que la inversión en los negocios o actividades o en los bienes, hará a unos y otros más productivos, lo que genera un beneficio directo para la sociedad de gananciales¹⁰². Cuando se trate de préstamo, se aplicarán las reglas generales, es decir, no se deberán intereses sino cuando se hubiesen expresamente pactado (art. 1755 C.C.). En cuanto a la restitución del anticipo, siendo la gestión de los bienes privativos de cargo de la sociedad de gananciales, sólo procederá cuando el mismo **exceda** de lo que es la administración ordinaria de los bienes o el regular desempeño de la profesión¹⁰³.

En cuanto a qué se entiende por numerario ganancial no existe duda alguna de que se está refiriendo al metálico, pero lo que no está tan claro es qué numerario. En principio sólo el que está en poder del cónyuge¹⁰⁴, pero como éste está ya contemplado en el art. 1384, el art. 1382 ha de ir más allá y deberá referirse también a los rendimientos que, una vez líquidos, han entrado en el patrimonio común y están en

⁹⁹ DIEZ PICAZO, "De la administración..", cit., pág. 1769.

¹⁰⁰ CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., págs. 149-151.

¹⁰¹ PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1382 y 1383", en *Comentario del Código civil, II*, cit., págs. 733 y ss., pág. 734.

¹⁰² DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 380-381.

¹⁰³ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 382.

¹⁰⁴ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., págs. 469-470.

posesión de ambos cónyuges¹⁰⁵. E incluso se entiende que es posible que estando el numerario en poder del otro cónyuge se le reclame la cantidad oportuna, pues no se puede condicionar la eficacia del derecho que se concede a una circunstancia contingente y aleatoria¹⁰⁶.

La posibilidad de estos anticipos está sujeta a tres requisitos. En primer lugar se exige el conocimiento del otro cónyuge, requisito que puede ser cumplido previa, simultánea o posteriormente a la provisión, siendo suficiente un conocimiento genérico¹⁰⁷, y excluyéndose la necesidad de llegar al consentimiento, pues la finalidad a la que se destina el numerario es familiar¹⁰⁸. En segundo lugar se previene que la cantidad utilizada debe ser acorde con los usos y circunstancias de la familia. En caso de no respetarse este límite, serán aplicables los arts. 1390¹⁰⁹ y 1391¹¹⁰ C.C. Por último, la disposición de numerario ganancial debe destinarse al ejercicio de la profesión o a la administración ordinaria de los bienes, entendidos por la doctrina, bien restrictiva¹¹¹, bien ampliamente¹¹².

¹⁰⁵ TORRES GARCIA, "La administración de los bienes...", cit., pág. 763.

¹⁰⁶ CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., pág. 150.

¹⁰⁷ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 381.

¹⁰⁸ TORRES GARCIA, "La administración de los bienes...", cit., pág. 764.

¹⁰⁹ "Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro excesivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto".

¹¹⁰ "Cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible".

¹¹¹ TORRES GARCIA, "La administración de los bienes...", cit., pág. 764.

¹¹² CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., págs. 149-150; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 381.

5.3.- Administración de bienes y administración y disposición de dinero y títulos valores

El art. 1384 C.C. sanciona la validez de los actos de administración de bienes realizados por el esposo a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren. La norma afecta a todo tipo de bienes gananciales, muebles e inmuebles, y a todas las modalidades de administración, ordinaria y extraordinaria. Como se puso ya de relieve durante los debates parlamentarios del Proyecto de ley¹¹³, el art. 1384 tiene como finalidad agilizar el tráfico, tratando de evitar que la cogestión suponga un entorpecimiento, idea que acepta unánimemente la doctrina¹¹⁴. Así pues, el legislador del 81, siguiendo al francés del 65¹¹⁵, ha venido a establecer que la titularidad formal del bien adquirido por un esposo le corresponde únicamente a él, legitimándole en su actuación externa¹¹⁶, exceptuándose, no obstante, el mobiliario familiar (art. 1320

¹¹³ En la sesión del día 18 de diciembre de 1980 el Diputado Sr. Díaz Fuentes decía: "La exigencia de una decisión conjunta, colegiada, en ciertos casos haría mucho más lenta la marcha de los asuntos o de las materias relacionadas con el matrimonio, en asuntos que pueden ser muy importantes para la vida matrimonial, y cuando se trata de bienes como el dinero, que menciona este artículo, o los títulos valores, que son bienes destinados, por su propia naturaleza, a tener mayor movilidad, parece lógicamente que requieren una administración también más ágil y más dinámica. Esto, y la circunstancia de que este artículo está dirigido a fortalecer fundamentalmente el crédito del matrimonio y el de cada uno de los cónyuges frente a terceros, evitando enojosas investigaciones sobre la procedencia del dinero empleado por un contraste, en una operación de investigación que si la reclamamos a terceros puede ser en muchos casos dificultosísima y paralizadora del tráfico, es el motivo que inspira precisamente la regulación de este precepto..." (ESPAÑA. CORTES GENERALES, *Código civil (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios*, I, cit., pág. 564.

¹¹⁴ Véase, por todos, LACRUZ, "Algunos aspectos (más o menos) mercantiles de la reforma del régimen económico del matrimonio", en *RDBB*, 1982, págs. 535 y ss., pág. 540. Para BEAUS CODES, "Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles", en *AMN*, XXVI, págs. 235 y ss., págs. 235 y ss., pág. 239, las facultades que otorgan los arts. 1384 y 1385 son "exigencias, no sólo del tráfico, sino de la propia personalidad e independencia en el ejercicio de los derechos personales y patrimoniales".

¹¹⁵ El art. 222, párr. 1º C.C. francés establece que "si uno de los esposos realiza solo un acto de administración, de goce o disposición sobre un bien mueble que ostenta individualmente, se reputa, frente a terceros de buena fe, que tiene poder para actuar solo".

¹¹⁶ Véanse CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., pág. 165, y RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 72.

C.C.).

La administración por parte de un solo cónyuge no interfiere en el carácter de los bienes; se trata de bienes presuntivamente gananciales desde el primer momento, pues el art. 1384 no establece en absoluto una comunidad diferida sobre ciertos bienes¹¹⁷. Lo que el precepto permite es la "creación de submasas gananciales con autonomía administrativa dentro de un único patrimonio ganancial"¹¹⁸. Ahora bien, esta autonomía está subordinada a las exigencias del interés común, lo que permite al otro esposo, en caso de haberse causado un daño, solicitar que se declare que su consorte es deudor de la sociedad por el importe del perjuicio (art. 1390 C.C.), añadiéndose la rescindibilidad del acto si el tercero conocía la actuación fraudulenta del esposo administrador (art. 1391 C.C.).

En lo que a los bienes inmuebles se refiere, el RH permite que el cónyuge a cuyo nombre figura el bien en el Registro pueda por sí solo realizar agrupaciones, segregaciones o divisiones, declaraciones de obra nueva, constitución de edificio en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos (arts. 93-4 y 94-1 y 2 RH).

La segunda parte del art. 1384 establece, al igual que hiciera el art. 224 C.C. francés¹¹⁹, la validez de los actos de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren.

Las facultades de administración y disposición sobre el dinero y los títulos valores¹²⁰ se rigen por la disciplina propia, por Derecho común, de esta clase de

¹¹⁷ LACRUZ, "Algunos aspectos...", cit., pág. 542.

¹¹⁸ RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 74.

¹¹⁹ El art. 224 C.C. fue derogado en 1985, pero su contenido fue retomado en el vigente art. 223.

¹²⁰ El precepto, en cuanto al dinero, tiene su origen en la doctrina de la RGDR de 8 de febrero de 1977 (PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 271, nota 151). En cuanto a los títulos valores, la RGDR de 25 de mayo de 1988 ha señalado que son "documentos que incorporan en sí, en mayor o menor grado, derechos de diversa naturaleza (acciones, obligaciones, mercaderías) con la

bienes¹²¹, si bien en cuanto a los títulos valores la aplicación del art. 1384 debe ser restrictiva: "sólo será aplicable cuando realmente estemos en presencia de títulos valores propiamente dichos"¹²²

Aunque la norma no dice qué actos de disposición se pueden llevar a cabo, la doctrina los circunscribe a los a título oneroso, ya que la disposición a título gratuito requiere el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1322 y 1378 C.C.), añadiéndose que el art. 1384 no puede ser una puerta falsa que sirva para eludir la aplicación del art. 1378¹²³. No obstante, se exceptúan las liberalidades de uso.

5.4.- Ejercicio de los derechos de crédito a nombre de un solo esposo

Según el párrafo 1º del art. 1385 C.C., cada cónyuge puede ejercitar los derechos de crédito constituidos a su nombre, cualquiera que sea su naturaleza. Esta norma, aun siendo una concreción del art. 1384¹²⁴, tiene una plasmación inequívocamente imperativa, frente a la mera proclamación de validez de los actos que se efectúa en el art. 1384¹²⁵.

El contenido del precepto es sumamente amplio. No habiéndose previsto ninguna limitación y teniendo en cuenta el lenguaje del Código civil¹²⁶, ejercitar los derechos parece querer decir realizar los actos tendentes a conseguir su efectividad específica. Por tanto, el cónyuge a cuyo nombre estén constituidos puede, sin duda,

consecuencia, entre otras, de que la posesión (encontrarse en poder) tiene, en mayor o menor grado) relevancia tanto para el ejercicio de los derechos incorporados como para la transmisión de los mismos".

¹²¹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 387.

¹²² CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., pág. 164.

¹²³ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 389.

¹²⁴ ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, Barcelona, 1989, pág. 181.

¹²⁵ ALBALADEJO, *ibidem*, señalando que no sólo es facultad, sino el único camino.

¹²⁶ Cfr. arts. 486, 1111, 1385, párr. 2º, 1510, 1524, 1869, etc.

realizar todos los actos de ejercicio de las facultades que el crédito atribuya¹²⁷. La interpretación propugnada tiene su refrendo en el nuevo art. 178-5 RH, según el cual, "basta el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito para la cancelación por pago de la hipoteca que lo garantice, aun cuando conste inscrito para la sociedad conyugal de aquél".

En definitiva, el art. 1385, párr. 1º C.C. viene a obstaculizar o impedir que la naturaleza ganancial del crédito interfiera y perturbe las relaciones entre los contratantes.

5.5.- Defensa de bienes y derechos comunes

El párr. 2º del art. 1385 C.C. faculta a cualquiera de los esposos indistinta o individualmente para llevar a cabo actos de defensa de los derechos y bienes comunes, tanto por vía de acción como por vía de excepción. De esta manera se autoriza la actuación individual en el terreno del proceso, y por tanto, con mayor razón, cualesquiera otros actos destinados a conservar o garantizar jurídicamente bienes o derechos frente al posible ataque de terceros¹²⁸.

Admitido que este precepto "pone un límite legal muy importante al principio de actuación conjunta que consagra el art. 1375 del Código civil"¹²⁹, la doctrina se plantea qué efectos produce el acto debatido, llevado a cabo por la vía de acción, sobre el esposo no actuante. Descartando la reglas generales de la comunidad de bienes,

¹²⁷ Véanse, por todos, DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 396-397, y DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1773. Por contra, BLANQUER UBEROS, "La idea de comunidad...", cit., págs. 112-113, se manifiesta a favor de una interpretación restrictiva. CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., págs. 170-173, por su parte, propugna una interpretación intermedia.

¹²⁸ ALBALADEJO, *Curso...*, IV, cit., pág. 183; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 399; DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1773; GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 434; GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 278; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 464; RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 78; VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio...*, cit., págs. 312-313.

¹²⁹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 400.

según las cuales la acción de un comunero beneficia al otro si el resultado es beneficioso, pero no le perjudica si es perjudicial, e invocando el art. 1252 C.C., se defiende que, por la estrecha unión entre los cónyuges y por el carácter solidario de la legitimación, la sentencia que decide sobre la acción produce efectos de cosa juzgada para los dos cónyuges¹³⁰.

Cualquiera de los esposos puede ejercitar la defensa de los bienes y derechos, pero ello no significa que tenga que sostenerla él solo. Ante la demanda de tercero ejercitada frente a uno solo, parece que éste podrá oponer la necesidad de que la demanda se entable contra los dos, de acuerdo con la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario¹³¹.

5.6.- Gastos urgentes y necesarios

El art. 1386 C.C. legitima, frente a terceros, al cónyuge que dispone de dinero ganancial para atender a una necesidad urgente, aun cuando sea extraordinaria¹³². La norma se justifica por razón de la urgencia de la situación¹³³, sin necesidad de más motivaciones, entendiendo que la urgencia hace referencia a la evitación de un daño o perjuicio relativo a un miembro integrante de la familia en sentido estricto o a sus bienes¹³⁴. La cualificación de la necesidad se produce a través de la idea de su excepcionalidad, tanto por la rapidez con que debe ser atendida como por el importe del gasto necesario¹³⁵.

¹³⁰ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1774.

¹³¹ Véanse PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., págs. 274-275 y GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 292.

¹³² GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 293, cuestiona la bondad, para él dudosa, del precepto, calificando de críptica su redacción.

¹³³ Véase, por todos, DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 400.

¹³⁴ RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 80; TORRES GARCIA, "La administración de los bienes...", cit., pág. 753.

Para la situación anterior a la reforma véase LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 254.

¹³⁵ GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 297.

Frente a la interpretación restrictiva, que entiende que el precepto se refiere sólo a gastos¹³⁶, la doctrina mayoritaria aboga por una interpretación amplia, inclusiva de las relaciones obligatorias que darán lugar a esos gastos¹³⁷. Por otra parte, el ámbito de aplicación no parece que tenga que circunscribirse a los actos de obligación, pudiendo llegarse a la enajenación de bienes gananciales que no se encuentren a nombre y en poder o a disposición del esposo que lleve a cabo la transacción para recabar los fondos necesarios¹³⁸.

Si los bienes gananciales enajenados son inmuebles nos encontramos con un escollo insalvable, pues los arts. 93-4 y 94-3 RH no han recogido la posibilidad de actuación individual. Para obviar esta descoordinación "habrá que acudir, suspendiendo la inscripción, a la autorización judicial correspondiente, si el otro cónyuge no presta su consentimiento, efectuada *a posteriori*"¹³⁹.

Realizada la actuación individual, el gasto estará sujeto, en cuanto a contribuciones y reintegros, al régimen de los gastos por cargas del matrimonio (art. 1369 en relación con los arts. 1386 y 1365-1º). Por tanto, en la relación interna se podrá cuestionar la oportunidad del gasto y, en caso de desacuerdo, la decisión estará en manos de los Tribunales¹⁴⁰.

IV.- CONCENTRACION DE LA GESTION EN UNO DE LOS CONYUGES

1.- Supuestos y modos

Como es sabido, el principio general que rige la gestión de la sociedad de

¹³⁶ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1774.

¹³⁷ ALBALADEJO, *Curso...*, IV, cit., pág. 182; GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 295, y RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., págs. 79-80.

¹³⁸ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág.400.

¹³⁹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 400, seguido por PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1386 a 1391", en *Comentario del Código civil*, II, cit., págs. 743 y ss., pág. 746.

¹⁴⁰ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 400-401.

gananciales es la cogestión. No obstante, este principio, como hemos ido viendo, no es objeto de una aplicación inflexible. A las excepciones ya vistas hay que añadir las contenidas en los arts. 1387 y 1388 C.C., que regulan la transferencia¹⁴¹ de la gestión a uno solo de los esposos. Ambos preceptos contienen causas tasadas, y se diferencian en que en el primer supuesto (art. 1387) la transferencia es automática *-ope legis-*, mientras que el segundo (art. 1388) se produce mediante la correspondiente resolución judicial que aprecia la causa que la genera.

La transferencia legal se produce en dos casos, tutela y representación legal, la judicial, por su parte, está prevista para tres casos, imposibilidad de prestar consentimiento, abandono de familia y separación de hecho.

Para que una persona casada quede sometida tutela es necesario que sea incapacitada por alguna de las causas establecidas en el art. 200 C.C.¹⁴² y que el juez que declare la incapacitación determine la constitución de esta figura tutiva (arts. 210 y 222-2º C.C.)¹⁴³. Ahora bien, para que la gestión de los bienes gananciales sea transferida al esposo del incapacitado es necesario, además, que haya sido nombrado su tutor, lo que, en principio, no plantea dificultad alguna, pues la ley establece su llamamiento prioritario (art. 234-11º C.C.)¹⁴⁴, si bien cabe la posibilidad de que el juez

¹⁴¹ Si bien a lo largo de este epígrafe utilizaremos la terminología unánimemente aceptada por la doctrina *-transferencia de la gestión-*, de la intitulación del mismo se desprende nuestra preferencia por esta otra denominación; preferencia que se justifica, a pesar de lo gráfica que pueda resultar la expresión "transferencia", por la mayor exactitud terminológica, pues los supuestos que se van analizar no son constitutivos de un traslado a un cónyuge de los poderes del otro, sino de una concentración de las facultades de gestión en manos de uno de ellos.

¹⁴² "Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma".

¹⁴³ No es posible hablar de tutela del cónyuge menor de edad, pues el matrimonio produce la emancipación (art. 316 C.C.), existiendo disposiciones particulares sobre la capacidad de casado menor de edad (arts. 323 y 324 C.C.). Véanse CAMARA ALVAREZ, "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", en *ADC*, 1986, págs. 339 y ss., págs. 528-530; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 405-408, y PUIG FERRIOL, "Comentario a los arts. 314 a 324", en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES y otros, I, Madrid, 1991, págs. 871 y ss., págs. 883-887.

¹⁴⁴ La preferencia asignada al cónyuge del tutelado suele fundamentarse en la

altere el orden establecido por el legislador (arts. 234, párr. 2º, 223 y 245 C.C.). A esto hay que añadir que el art. 236-1º C.C. establece que cuando concurren circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, es posible separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, en cuyo caso cada uno actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.

No obstante la letra del art. 1387 C.C., la doctrina se cuestiona si el precepto es aplicable en los casos en que un cónyuge fuera curador del otro o actuara como defensor judicial. El carácter esporádico y concreto de la actuación del defensor judicial inclina la balanza hacia la solución negativa¹⁴⁵. Cuando se trata de la curaduría, se acepta la posibilidad con respecto a la prodigalidad¹⁴⁶.

En cuanto a la representación legal de un esposo por el otro se ha dicho que esta hipótesis ha de referirse a una representación distinta de la tutela, afirmándose que el supuesto "no puede ser otro que el de declaración legal de ausencia, siempre que el cónyuge presente no haya hecho uso de su derecho a pedir la disolución de la sociedad de gananciales conforme al art. 1393-1º C.C."¹⁴⁷. A este caso se añade el de un cónyuge defensor del otro -desaparecido- (art. 181 C.C.), pues el esposo presente,

necesidad de evitar que un tercero, por muy próximo que sea su parentesco, se inmiscuya en los aspectos personales y patrimoniales de la familia nuclear, así como en la *affectio coniugalis* (véase, GIL RODRIGUEZ, "Comentario a los arts. 234 y 235", en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, págs. 298 y ss., págs. 309-313).

La solución adoptada por el Derecho francés es muy diferente. El art.498 C.C. establece que no se constituirá la tutela que haya de referirse al cónyuge cuando las normas del régimen matrimonial sean suficientes; precepto que hay que poner en relación con los arts. 217 y 219 C.C. -normas del régimen primario- que regulan la actuación individual, previa autorización judicial, y la habilitación judicial para representarle de una manera general cuando el otro cónyuge no se halle en condiciones de prestar consentimiento.

¹⁴⁵ PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1386 a 1391", cit., pág. 747.

¹⁴⁶ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 408. En contra, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 276.

¹⁴⁷ CAMARA ALVAREZ, "La sociedad de gananciales y el Registro...", cit., pág. 530.

mayor de edad no separado legalmente, es el defensor del desaparecido; si bien se reconoce que la transferencia sólo puede operar en el ámbito del art. 181 C.C., es decir, negocios que no admitan demora sin perjuicio grave¹⁴⁸.

Al referirse a la imposibilidad de prestar consentimiento, el art. 1388 C.C. se manifiesta con gran amplitud, de manera que hay que entenderlo de forma abstracta, sin referencia a ningún acto o negocio jurídico concreto¹⁴⁹. Partiendo de esta afirmación general se hacen varias precisiones: la imposibilidad ha de ser de hecho, pues la de Derecho se encuentra prevista en el art. 1387, además, ha de referirse a supuestos en los que es necesaria la prestación de consentimiento conjunta¹⁵⁰; puede aplicarse a supuestos de imposibilidad legal establecida, ya que es posible que en caso de incapacidad o de ausencia declarada el consorte no haya sido nombrado tutor (arts. 184 y 234, párr. 2º C.C.); la imposibilidad no tiene que ser permanente, lo que parece preconizar la concentración de la administración por un plazo señalado¹⁵¹; si existe imposibilidad para administrar, pero no para consentir, no procede la transferencia¹⁵².

En cuanto al abandono de familia la doctrina está de acuerdo en que no es necesaria una sentencia penal que así lo declare¹⁵³.

Por lo que a la separación de hecho se refiere, hay que tener en cuenta la existencia de un acuerdo común, inicial o subsiguiente, de los esposos¹⁵⁴, al menos en cuanto a la cesación de la vida en común. La aplicación del art. 1388 C.C. queda condicionada a que la separación no haya ido acompañada de una modificación del régimen, pues, entonces, cabría que en los pactos capitulares se hubieren establecido

¹⁴⁸ PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1386 a 1391", cit., pág. 748.

¹⁴⁹ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1775.

¹⁵⁰ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 410.

¹⁵¹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 410; DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1775.

¹⁵² LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 479.

¹⁵³ Véase, por todos, GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 436.

¹⁵⁴ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1777.

soluciones en cuanto a la gestión de los bienes¹⁵⁵. Dada la especialidad de esta causa, la decisión judicial ha de apreciar las circunstancias de cada consorte y tener en cuenta el interés de la familia, lo que podría dar lugar, en una interpretación lata del precepto, a una distribución de las facultades de gestión, proyectándolas sobre grupos diferenciados de bienes¹⁵⁶.

La transferencia por ministerio de la ley tiene lugar automáticamente desde el momento es que se produce la declaración de incapacidad o ausencia¹⁵⁷, sin que sea necesario un nuevo pronunciamiento judicial. La judicial, por su parte, se produce en virtud de pronunciamiento a instancia de parte y concurriendo una de las causas legales previstas en el art. 1388 C.C., siguiéndose el procedimiento de jurisdicción voluntaria (Disp. trans. 10ª L. de 13 de mayo de 1981).

2.- Efectos y limitaciones

Unos y otras se encuentran recogidos en el art. 1389 C.C.: "El cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrá para ello plenas facultades, salvo que el juez, cuando lo considere de interés para la familia, y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones.- En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial".

El texto del art. 1389 hace desaparecer las diferencias que parecen establecer los arts. 1387 (administración y disposición) y 1388 (administración), lo que ha dado lugar a la afirmación de que este concepto de "administración" se considera inclusivo de los

¹⁵⁵ GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 436.

¹⁵⁶ CAMARA ALVAREZ, "La sociedad de gananciales y el Registro...", *cit.*, pág. 530; DIEZ PICAZO, "De la administración...", *cit.*, pág. 1777.

¹⁵⁷ Sobre la publicidad a que están sometidas las resoluciones judiciales que determinan la aplicación del art. 1387 C.C. véase PRETEL SERRANO. "Comentario a los arts. 1386 a 1391", *cit.*, págs. 748-749.

actos de disposición, como se desprende del apartado segundo de dicho precepto¹⁵⁸. Afirmación que ha permitido sostener que el cónyuge en quien recae la administración puede realizar por sí solo todos los actos de gestión que únicamente habrían podido realizarse, en circunstancias normales, concurriendo el consentimiento de ambos esposos¹⁵⁹. En todo caso, quedan excluidos los actos a título gratuito, aunque no las liberalidades de uso.

La concentración de la gestión afecta a todos los bienes gananciales. Por ello cuando el cónyuge que ha sido investido es también tutor, de la persona y de los bienes, de su consorte (art. 270 C.C.), hay que separar patrimonio ganancial y patrimonio privativo, ya que entonces la gestión de los gananciales se rige por el art. 1389 C.C., mientras que la de los privativos del pupilo o ausente se regirá por las normas de la tutela o de la ausencia.

En lo que a las cautelas se refiere, aunque el art. 1389 alude a "los dos artículos anteriores", se considera que las limitaciones sólo son aplicables en el caso del art. 1388, pues en el del 1387 la transferencia es automática y faltan términos hábiles para establecerlas¹⁶⁰. Sin embargo, la posición mayoritaria parece ser la contraria, los efectos de la graduación de la incapacidad que determina la extensión de la tutela opera no sólo respecto de los bienes privativos, sino también de los gananciales¹⁶¹. Estas limitaciones son consideradas "atípicas" y, por tanto, el juez puede llenarlas del contenido que estime razonable¹⁶².

Las limitaciones que se imponen en el ámbito de los actos de disposición "no casan bien con el cúmulo de legitimaciones individuales existentes en el Código y con

¹⁵⁸ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 479.

¹⁵⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 276.

¹⁶⁰ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit, págs. 409 y 414.

¹⁶¹ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 277, VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio...*, cit., pág. 316.

¹⁶² DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1778.

las formas de gestión solidaria que los preceptos anteriores han ido estableciendo"¹⁶³. La paradoja que ello podría generar, que el cónyuge investido tenga menores facultades que las que tendría si no hubiera pedido nada judicialmente¹⁶⁴, se salva entendiendo que las limitaciones hay que interpretarlas restringiendo su ámbito, es decir, referidas a la ampliación, pero no a las competencias que ya se tenían con anterioridad¹⁶⁵.

En cuanto a cuáles sean las consecuencias en caso de actuar sin la debida autorización cuando ésta es necesaria, la doctrina defiende soluciones contrapuestas. De una parte se sostiene que la autorización judicial viene a ocupar el consentimiento del otro cónyuge, luego la sanción correspondiente es la anulabilidad del art. 1322 C.C.¹⁶⁶. Y de otra que la autorización judicial integra la estructura del negocio dispositivo, constituyendo uno de sus elementos esenciales, por lo que su falta determina que el negocio sea radicalmente nulo por violación de una norma imperativa¹⁶⁷.

3.- Especialidades en caso de que un cónyuge sea comerciante

Para el caso de que el cónyuge en quien se concentre la gestión sea comerciante, la doctrina ha venido sosteniendo que, ante el silencio del art. 6 C. com. en cuanto a los supuestos excepcionales de sometimiento del cónyuge a una de las instituciones de guarda, el cónyuge comerciante, aunque se le conceda la administración, no puede decidir por sí mismo la afectación de los demás bienes

¹⁶³ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1778.

¹⁶⁴ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1778; VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio...*, cit., págs. 316-317. Y CAMARA ALVAREZ, "La sociedad de gananciales y el Registro...", cit., pág. 531, parece adherirse a esta posición.

¹⁶⁵ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 413.

¹⁶⁶ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 413. En contra, PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1386 a 1391", cit., pág. 754.

¹⁶⁷ GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, cit., págs. 446-447.

comunes a que se refiere el mencionado art. 6 C. com.¹⁶⁸. Y, si la tutela había sido conferida a un tercero, distingue según se trate de inicio o continuación del ejercicio del comercio¹⁶⁹, llegando a la conclusión de que los consentimientos de los arts. 6 y 9 C. com. podrán ser prestados por el tutor o representante legal del cónyuge no comerciante, excluyendo, no obstante, la entrada en juego de la presunción del art. 7 C. com., por estar basada en el carácter personalísimo de la relación conyugal.

No obstante la mayor autoridad de esta doctrina, no compartimos la solución adoptada. Si el cónyuge comerciante es nombrado tutor, de la persona y de los bienes, de su consorte, no hay ninguna razón que impida su actuación "como tutor". Ciertamente es que se nos podrá argüir que en ese caso el emisor y el receptor de los consentimientos es la misma persona, lo que podría ocasionar una superposición o solapación de intereses, que podría llegar a ser perjudicial para el cónyuge tutelado. Pero si negamos que el cónyuge comerciante pueda actuar "como tutor" de su consorte, no obstante la finalidad del legislador de proteger los intereses del tutelado, lo que, por otra parte, se podría haber cubierto, al menos parcialmente, habida cuenta de las circunstancias concurrentes, nombrando tutor de los bienes a otra persona, estamos incurriendo en una discriminación por razón de matrimonio, contraria al art. 14 CE. Por ello, y atendiendo precisamente a la protección de los intereses del cónyuge tutelado, y aun cuando se trate de una opción restrictiva, nos decantamos por la solución negativa para ambos casos. Ni el cónyuge comerciante ni el tutor del cónyuge del comerciante pueden prestar los consentimientos a que se refieren los arts. 6 y ss. del Código de comercio. En consecuencia, mientras dure la incapacitación, el comerciante no podrá poner en juego más que sus bienes privativos y los obtenidos con las resultas del comercio. No obstante, si el comerciante venía ejerciendo ya el comercio, el consentimiento otorgado con anterioridad por el cónyuge tutelado no deja de producir sus efectos, pues la situación excepcional sobrevenida no provoca su desaparición¹⁷⁰.

¹⁶⁸ GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio de comercio por persona casada", cit., pág. 518.

¹⁶⁹ CAMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1977, págs. 84-86, nota 56; GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., págs. 518-519.

¹⁷⁰ CAMARA ALVAREZ, *Estudios...*, I, cit., págs. 85-86, GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., pág. 519. PEÑA

Otra cosa distinta es que el tutor, cónyuge o tercero, en cuanto tal, pueda pedir la autorización judicial prevista en el art. 271 C.C.¹⁷¹.

4.- Extinción

Habida cuenta de que los supuestos que se contemplan en los arts. 1387 y 1388 no van referidos a actos aislados, sino a situaciones con vocación de permanencia, su duración vendrá determinada por la de la causa que la originó. Si la transferencia se efectuó por ministerio de la ley, cesará al extinguirse la tutela o reaparecer el ausente, y si por resolución judicial, al cesar la imposibilidad de prestar consentimiento, el abandono o la separación de hecho, supuestos estos últimos en los que será precisa una nueva resolución judicial que así lo declare¹⁷².

V.- CONSECUENCIAS Y SANCIONES DERIVADAS DE LA GESTION

1.- Planteamiento

Los arts. 1390 y 1391 C.C. se refieren a situaciones que traspasan la medida de la diligencia que debe observar todo administrador y en las que se evidencia un comportamiento irregular que debe ser prevenido y sancionado, para restablecer el equilibrio alterado por la actuación abusiva, dolosa o fraudulenta de uno de los cónyuges.

BERNALDO DE QUIROS, "Comentario a los arts. 1362 a 1374", en *Comentario del Código civil*, II, cit., págs. 681 y ss., pág. 697, señala que en favor de la subsistencia pueden invocarse que ni la incapacidad ni la ausencia son hechos que por sí modifiquen, automáticamente, el régimen de la responsabilidad que en el matrimonio tienen los distintos patrimonios, mientras que en contra de la misma podrían invocarse los arts. 11 y 12 C. com. red. originaria, 183, *in fine* C.C. y que si hay incapacitación, no hay voluntad unilateral continuada en ese consentimiento.

¹⁷¹ "El tutor necesitará autorización judicial: 2º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción..."

¹⁷² DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 415; GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 437.

Estos dos preceptos tienen su antecedente en el anterior art. 1413 C.C., que permitía a la mujer solicitar a la autoridad judicial que se restringiesen las facultades del marido cuando éste ponía en peligro el patrimonio ganancial. Dado que el sistema vigente, gestión conjunta, no permite restringir o suprimir, como sanción o cautela, las facultades de uno de los cónyuges, lo que procede es reclamar los daños causados y rescindir los negocios fraudulentos¹⁷³. Por otra parte, la totalidad de la doctrina pone de relieve que estos dos preceptos han de ponerse en relación con el art. 1393-2º C.C, según el cual la sociedad de gananciales puede concluir, mediante decisión judicial y a petición de uno de los cónyuges, por venir el otro realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad¹⁷⁴.

Al proceder al análisis de estos dos preceptos la doctrina suele referirse, bien implícitamente¹⁷⁵, bien explícitamente¹⁷⁶, a la cuestión más amplia de la responsabilidad de los esposos por la gestión de los bienes gananciales. Es obvio que a cada uno de los cónyuges se le ha de exigir un mínimo de diligencia¹⁷⁷, que se traduce en una responsabilidad cuando el gestor incurra en culpa grave o lata¹⁷⁸. Siendo los esposos órganos de la sociedad de gananciales, la responsabilidad puede serle exigida al uno por el otro, pero sólo en beneficio de la comunidad¹⁷⁹.

El juego de los arts. 1390 y 1391 C.C. se produce con independencia de que haya existido o no contravención de las normas que exigen una actuación conjunta, supuesto previsto en el art. 1322 C.C.; precepto cuya aplicación no evita la de estos

¹⁷³ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 480.

¹⁷⁴ Véanse, por todos, LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 480 y, últimamente, PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1386 a 1391", cit., pág. 755.

¹⁷⁵ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 480.

¹⁷⁶ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 417.

¹⁷⁷ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pag. 480.

¹⁷⁸ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-, cit., pág. 418.

¹⁷⁹ GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 434.

dos, pero que tampoco la condiciona.

2.- Supuestos

Como ya hemos indicado son tres: obtención de un lucro excesivo, producción dolosa de un daño y actuación en fraude de los derechos del consorte.

Respecto a la obtención de un lucro excesivo, la norma se basa en los principios generales del enriquecimiento y en el deber de actuar de buena fe del administrador o mandatario¹⁸⁰. El fundamento de la sanción no está en la obtención del beneficio, sino en el disfrute exclusivo y la falta de comunicación, no siendo necesario un comportamiento doloso del gestor¹⁸¹. Se trata de una norma encaminada a proteger el patrimonio ganancial, de ahí que el esposo que se ha enriquecido sea deudor de la comunidad por el exceso con que se ha lucrado¹⁸².

En lo que a la producción dolosa de un daño se refiere, la cuestión fundamental es si es necesario dolo en todo caso o si es suficiente la culpa grave. Las posiciones al respecto son variadas. No es posible integrar este supuesto con las reglas de la buena fe, pues la actuación negligente se sanciona con la disolución de la sociedad¹⁸³. El art. 1390 ha de ponerse en relación con el art. 1366: "las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y carga de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor"¹⁸⁴. Dado el carácter sancionador del art. 1390, no procede su extensión analógica¹⁸⁵. En lo que sí existe acuerdo doctrinal es en que para que exista

¹⁸⁰ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1779.

¹⁸¹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 421-422.

¹⁸² DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 421; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 480.

¹⁸³ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1779.

¹⁸⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 276.

¹⁸⁵ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 419.

dolo no es preciso que la intención se dirija a la causación de un daño, sino que es suficiente la actuación dañosa a sabiendas de que lo es¹⁸⁶, es decir, hay dolo cuando se actúa voluntariamente con conciencia del daño que se causa¹⁸⁷. Los actos dañosos pueden ser lo mismo actos materiales que negocios jurídicos¹⁸⁸ y afectar a los bienes o a los intereses de la sociedad¹⁸⁹. El daño ha de ser emergente y no puede tomarse en cuenta el lucro cesante, ya que la sociedad no tiene derecho a éste¹⁹⁰.

El supuesto de la actuación fraudulenta se circunscribe a los intereses que el cónyuge afectado tiene en el patrimonio ganancial. En cuanto a qué se entiende o en qué consiste el fraude se ha dicho que no se trata tanto de utilizar un camino tortuoso, como de que haya intención fraudulenta, aunque no lo parezca, con el resultado de perjudicar los intereses del consorte¹⁹¹; que la ventaja puede producirse para el actuante, para un tercero o para nadie¹⁹²; que el fraude puede cometerse reteniendo y ocultando beneficios para invertirlos o gastarlos en finalidades inconfesables¹⁹³, bien provocando, como se desprende de una jurisprudencia consolidada¹⁹⁴, una disminución injustificada de los ingresos y ganancias, pues se va más allá de la idea de un beneficio o lucro exclusivo para el gestor¹⁹⁵. En todo caso, el fraude no queda eliminado por el hecho de que un esposo haya actuado con el consentimiento de su

¹⁸⁶ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 422; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 481.

¹⁸⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 278.

¹⁸⁸ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 481.

¹⁸⁹ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1779.

¹⁹⁰ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1779.

¹⁹¹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 423.

¹⁹² PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 278.

¹⁹³ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 481.

¹⁹⁴ Entre otras, STS de 8 de mayo de 1900, 29 de septiembre y 9 de noviembre de 1959.

¹⁹⁵ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 423-424.

consorte, cumpliendo formalmente las exigencias de intervención de ambos¹⁹⁶.

3.- Efectos

Cubiertos los requisitos de aplicación de estos dos preceptos¹⁹⁷, en el del art. 1390 surge un crédito a favor de la sociedad de gananciales, crédito para cuya efectividad están legitimados el cónyuge "perjudicado" (art. 1385 C.C.) y los acreedores del consorcio (arts. 1111 y 1402 C.C.). El crédito ha de traducirse en una deuda pecuniaria de valor¹⁹⁸, actualizándose su importe de acuerdo con la depreciación monetaria, por aplicación analógica de los arts. 1358 y 1397-2º C.C., siendo exigible, en principio, a la disolución del régimen, pero sin que nada obste su efectividad anterior¹⁹⁹.

Cuando se ha producido una actuación fraudulenta el art. 1391 añade la rescindibilidad del acto, si el adquirente hubiera actuado de mala fe. Para que proceda la rescisión debe concurrir un triple requisito: un acto realizado por un cónyuge dentro de sus poderes que haya sido en fraude de los derechos de su cónyuge²⁰⁰, y que el tercero hubiera procedido con conocimiento de que se causaba daño a los derechos del consorte²⁰¹. Ahora bien, "el ejercicio de la acción es *res merae facultatis*, en el sentido de que el cónyuge perjudicado puede optar por desviar hacia la cuenta del otro en el patrimonio ganancial, al momento de la liquidación, las consecuencias perjudiciales de sus actos ilícitos o fraudulentos"²⁰². En consecuencia, se afirma que la actuación en fraude de los intereses del otro cónyuge da lugar a la aplicación del art. 1390, procediendo, por tanto, la indemnización a la sociedad por el perjuicio causado,

¹⁹⁶ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 481.

¹⁹⁷ Véase STS de 20 de marzo de 1990.

¹⁹⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 243.

¹⁹⁹ PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1386 a 1391", cit., pág. 757.

²⁰⁰ Sobre la posible comisión de un delito de alzamiento de bienes STS de 13 de mayo de 1982, 8 de noviembre de 1989 y 20 de marzo de 1990.

²⁰¹ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 278.

²⁰² LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 482.

produciéndose, además, los efectos propios de la rescisión cuando se opte por ella, pues el art. 1391 concede al cónyuge perjudicado un doble remedio: el del art. 1390 y además la acción rescisoria²⁰³.

VI.- ADMINISTRACION DE LA EMPRESA Y DERECHO DE DISPOSICION

1.- La situación anterior a la ley de 13 de mayo de 1981

Con anterioridad a la reforma del Derecho de familia una de las cuestiones que más atrajo la atención de la doctrina fue la de si el cónyuge comerciante podía disponer libremente, o bajo qué condiciones, de los inmuebles y establecimientos mercantiles de carácter ganancial.

El tema se suscitó en relación con la mujer casada comerciante, cuando la ley de 24 de abril de 1958 modificó, entre otros, el art. 1413 C.C., en el sentido de limitar las amplias facultades que ostentaba el marido, como administrador de la sociedad de gananciales, en orden a la disposición a título oneroso de los bienes de la sociedad, haciéndose preciso el consentimiento de la mujer para los actos de disposición sobre los inmuebles o establecimientos mercantiles gananciales. Frente a lo dispuesto en el art. 1413 C.C., el art. 10 C. com. red. originaria legitimaba a la mujer casada para "enajenar e hipotecar (los bienes) propios y privativos suyos, así como los comunes". A la vista de los dos preceptos se podía llegar a la conclusión, por otra parte paradójica, de que mientras la mujer no necesitaba autorización del marido para disponer del establecimiento ganancial, la misma facultad le era negada al esposo comerciante, aunque al mismo tiempo fuera administrador de la sociedad²⁰⁴. La mayoría de la doctrina, sin embargo, entendió que el art. 10 C. com. debía estimarse modificado por el nuevo art. 1413 C.C y que, en consecuencia, marido y mujer precisaban del consentimiento de su consorte para disponer de los inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales²⁰⁵.

²⁰³ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 279.

²⁰⁴ Así MARTINEZ SARRION, "La mujer casada y la disposición de sus bienes", en *AMN*, XVI, págs. 5221 y ss., pág. 544.

²⁰⁵ Véase, por todos, SERRANO MONFORTE, *Ejercicio del comercio por mujer casada*, Madrid, 1974, págs. 316-322.

Reformados los arts. 6 a 12 del Código de comercio por la ley de 2 de mayo de 1975 el tema se planteó en términos similares. Mientras el nuevo art. 6, proposición 1ª C. com. autorizaba al cónyuge comerciante para disponer, en el ejercicio de su actividad, de los bienes propios y de los gananciales adquiridos con las resultas de su actividad, los arts. 1413 y 1444 C.C. seguían exigiendo el consentimiento del cónyuge no administrador del consorcio para que el administrador del mismo pudiese disponer de los inmuebles y establecimientos mercantiles. La doctrina que estudió el tema llegó a la conclusión de que en el Código de comercio se marcaban las facultades dispositivas del cónyuge comerciante, pero no las condiciones y requisitos conforme a las cuales debían ejercitarse las mismas. Y de ahí se desprendía que el cónyuge comerciante podía disponer de los bienes gananciales obtenidos en el ejercicio del comercio, pero en las condiciones del Código civil y, por tanto, contando con el consentimiento de su consorte en caso de inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales²⁰⁶.

2.- La situación actual

Una vez visto el cuadro normativo vigente, en cuanto a la gestión de la sociedad de gananciales, y aceptada la vigencia de los arts. 6 a 12 C. com., vamos ahora a ver la normativa contenida en el Código de comercio.

El punto de partida se sitúa en la crítica generalizada que, como consecuencia de la falta de coordinación entre los Códigos civil y de comercio, el sistema resultante de la reforma le ha merecido a la doctrina²⁰⁷.

²⁰⁶ Así, BERCOVITZ, en GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I, 7ª ed. revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz, Madrid, 1976, págs. 283-286, citado en adelante, en el marco de este capítulo, BERCOVITZ; CAMARA ALVAREZ, *Estudios...*, I, cit., págs. 107-108; ILLESCAS ORTIZ, "El ejercicio del comercio por persona casada tras la ley de 2 de mayo de 1975", en *Estudios de Derecho mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 283 y ss., págs. 305-306; OLIVENCIA RUIZ, "Significado de la reforma del Código de comercio", en *Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos civil y de comercio por ley 15/1975 de 2 de mayo -(AÑO 1977)*, Madrid, 1978, págs. 155 y ss., pág. 169.

²⁰⁷ Véanse BISBAL MENDEZ, "Anotaciones mercantiles...", cit., págs. 350-351; GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., *passim*; LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., págs. 586; RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 124. Por contra, MARTINEZ VAL, "Algunos aspectos sobre el

En el marco de la crítica global se pueden reseñar dos cuestiones concretas. En primer lugar se ha puesto de relieve que, si bien es loable, desde el punto de vista del principio de igualdad jurídica del varón y la mujer, la supresión de la posición preeminente del marido y, consecuentemente, de la administración exclusiva de la sociedad de gananciales que se le confería al marido, se ha olvidado que, oculta en esa preeminencia, se daba cumplida solución al problema de la gestión de una sociedad, la de gananciales²⁰⁸. En segundo lugar se ha señalado que la aplicación de la regla de la cogestión a la empresa ganancial es excesivo pues, de aplicarse, se daría paso a una especie de sociedad mercantil irregular entre marido y mujer, quienes vendrían a resultar solidariamente responsables de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio, lo que sería contrario a la normativa del Código de comercio al que el propio Código civil remite²⁰⁹.

2.1.- Gestión con oposición del cónyuge no comerciante

La regla general en materia de disposición viene dada por el art. 6 C. com.: el cónyuge comerciante puede enajenar e hipotecar sus bienes privativos y los gananciales que procedan de las resultas del comercio. En lo que a la administración de la empresa se refiere, hay que entender que va conectada con la titularidad de la misma.

Descartada, por la razón ya expuesta, la regla de la cogestión cuando la empresa es ganancial²¹⁰, la administración de la empresa fundada por un esposo durante

régimen económico matrimonial y su incidencia mercantil", en *RGD*, 1986, págs. 2469 y ss., se muestra conforme con el sistema resultante de la reforma.

²⁰⁸ GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., págs. 520-521. En contra GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 334, entendiendo que se minusvalora el alcance de la reforma familiar de 1981 al situarse, para su análisis, en una perspectiva estrictamente mercantil.

²⁰⁹ GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., pág. 533, seguido por CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., pág. 147. En el mismo sentido de exclusión de la cogestión GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 301, y PEREZ-JOFRE ESTEBAN, "El cónyuge comerciante...", cit., pág. 201.

²¹⁰ En contra VICENT CHULIA, *Compendio...*, I-1, cit., pág. 116, para quien el

el matrimonio a expensas de los bienes comunes debe corresponder al cónyuge fundador pues, de lo contrario, mientras el no comerciante mantendría al margen de la responsabilidad su patrimonio privativo y los bienes gananciales *extra commercio*, podría, en cambio, interferirse en la gestión del negocio, contra la voluntad de su consorte. Esta posición se sustenta, además, en el art. 1384 C.C., que declara válidos los actos de administración y disposición realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren. "Y la empresa fundada por uno de los cónyuges durante el matrimonio, aunque sea con dinero ganancial, gira a su nombre, a no ser que los dos esposos figuren como cofundadores, caso en el que se estaría ante el supuesto de una sociedad irregular, salvo que se constituya, como será los más frecuente en tal hipótesis, una sociedad regular"²¹¹.

Frente a la opinión de que los gananciales *ex commercio* quedan sustraídos a la regla de la administración conjunta, se ha dicho que no hay nada que justifique, explícitamente, la derogación mercantil de la administración conjunta. Esta afirmación se sustenta en el análisis de las excepciones al principio de cogestión que se contienen en los arts. 1381 y 1382 del Código civil. De un lado se señala que siendo gananciales la empresa y sus resultas, por haber sido constituida durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes (art. 1347-5º C.C.) o concurriendo capital privativo y capital común (art. 1354 C.C.), no se justifica que la administración quede en manos del comerciante, pues el art. 1381 C.C. establece una excepción relativa "al solo efecto de administrar el patrimonio privativo". De otro lado se pone de manifiesto la no inclusión de la "explotación mercantil" en el art. 1382 C.C., lo que llevará a la necesidad no de probar que las resultas del comercio son bienes gananciales, sino de averiguar si la explotación de la empresa es título bastante para tomar como anticipo el numerario ganancial, y, por ende, para

art. 1375 C.C. ha derogado el art. 6 C. com., dejando a salvo, no obstante, los poderes que un cónyuge quiera otorgar en favor del otro para realizar los actos de administración y disposición.

²¹¹ CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., pág. 147. TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", cit., pág. 1610, también se apoya en el art. 1384 C.C. para sostener que la gestión corresponde al cónyuge comerciante, si bien matiza su afirmación "imponiendo" al comerciante la obligación de mantener constantemente informado a su consorte conforme al art. 1383 C.C.

derogar el principio de la cogestión²¹².

Una vez expuestas las posiciones en torno a la administración de la empresa, veamos cómo se articulan las facultades dispositivas que el Código de comercio otorga al cónyuge comerciante.

El art. 6 C. com. establece que el cónyuge comerciante puede enajenar e hipotecar sus bienes privativos y los gananciales *ex commercio*. Aun cuando el art. 6 sólo habla de enajenar e hipotecar, la doctrina es pacífica en cuanto a que si el comerciante puede efectuar los actos de disposición más trascendentales, podrá igualmente realizar los de menor relevancia, en virtud del principio general de que "quien puede lo más, puede lo menos"²¹³. Una segunda cuestión previa es qué se entiende por bienes adquiridos con las resultas del comercio. En este punto se pueden distinguir tres posiciones o teorías. La más restringida sostiene que de los bienes adquiridos con las resultas del comercio el cónyuge comerciante únicamente tiene disponibilidad sobre el dinero y las mercaderías, mientras que los subrogados deben regirse por el Código civil aunque estén sujetos a la responsabilidad especial del Código de comercio²¹⁴. La intermedia mantiene que la disponibilidad de los subrogados por la regla especial del Código de comercio se da en todos los casos, sean o no mercaderías, mientras permanezcan en la esfera del patrimonio mercantil de la empresa²¹⁵. La teoría amplia, y mayoritaria, entiende que las resultas del comercio

²¹² BISBAL MENDEZ, "Anotaciones mercantiles...", cit., págs. 360-361. En el mismo sentido, LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., págs. 606-607, quien niega, además, la aplicabilidad de los arts. 1384 y 1385 C.C., respecto a los cuales BISBAL MENDEZ (págs. 362-363) señala que pueden dar lugar a que el cónyuge comerciante desvincule del patrimonio estrictamente familiar una parte sustancial del patrimonio común, mientras que el no comerciante que tenga puestos a su nombre bienes del patrimonio mercantil generado por el otro podrá distraerlos de esa finalidad sin el consentimiento del comerciante.

²¹³ Véase, por todos, ILLESCAS ORTIZ, "El ejercicio del comercio...", cit., pág. 308.

²¹⁴ GIMENEZ DUART, "Los bienes privativos y gananciales...", cit., pág. 133.

²¹⁵ Esta tesis fue sostenida, al hilo de la interpretación del antiguo art. 12 C. com., por SERRANO MONFORTE, *Ejercicio del comercio...*, cit., pág. 389, y parece seguirla URÍA, *Derecho mercantil*, cit., pág. 136, cuando llama resultas a "los bienes adquiridos por el cónyuge empresario en operaciones propias de su tráfico". E

están constituidas por los beneficios dimanantes de la actividad empresarial, así como los bienes en que los mismos se materializan²¹⁶.

Las cuestiones que se plantean en torno a la disposición sobre los resultados del comercio son fundamentalmente tres: reinversión en el negocio o extracción del mismo, disposición sobre inmuebles y disposición unilateral de la propia empresa.

Al margen de la compatibilidad o incompatibilidad de las facultades dispositivas que confiere el Código de comercio con el sistema resultante de la ley de 13 de mayo de 1981, la reinversión de los resultados en el negocio entra en las potestades del cónyuge empresario, acrecentando así el valor de la empresa (arts. 1359 y 1360 C.C.)²¹⁷. Si los beneficios obtenidos son extraídos en todo o en parte se refunden en el patrimonio ganancial general. Si los beneficios se retiran en dinero el comerciante podrá disponer de ellos conforme al art. 1384 C.C.²¹⁸. Una vez aceptado que así sea, queda todavía por despejar la duda de qué sucede respecto a los bienes en los que se ha invertido ese beneficio y que también son resultados. La solución que se propone es la de entender que el art. 6 C. com. concede al cónyuge comerciante

indirectamente la STS de 16 de febrero de 1987, de la que parece desprenderse que sólo los bienes que permanecen vinculados a la empresa son los que encajan en el término "resultados del comercio".

²¹⁶ BERCOVITZ, *ob. cit.*, pág. 279; BLANQUER UBEROS, "La idea de comunidad...", *cit.*, pág. 72, nota 45; BROSETA, *Manual...*, *cit.*, pág. 81; CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", *cit.*, pág. 152; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, *cit.*, pág. 288; GARCIA VILLAVARDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", *cit.*, pág. 506; ILLESCAS ORTIZ, "El ejercicio del comercio...", *cit.*, pág. 305; LACRUZ, "Algunos aspectos...", *cit.*, pág. 549; OLIVENCIA RUIZ, "Significado de la reforma...", *cit.*, pág. 164; PEREZ-JOFRE ESTEBAN, "El cónyuge comerciante...", *cit.*, págs. 210-211; RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, *cit.*, pág. 125; SANCHEZ CALERO, *Instituciones...*, *cit.*, pág. 58, y, en cierto sentido, la RDGR de 20 de marzo de 1986, al decir que cabrá "demostrar que la adquisición ganancial... del bien vendido es un resultado de la actividad mercantil, único supuesto que no requiere consentimiento del consorte". No llega a manifestarse abiertamente en contra aunque sí expresa sus reticencias LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", *cit.*, pág. 600, quien, no obstante, hace su argumentación en materia de responsabilidad, no de disposición.

²¹⁷ CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", *cit.*, pág. 153.

²¹⁸ CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", *cit.*, pág. 153. En contra LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", *cit.*, pág. 607.

facultades dispositivas especiales, en el sentido de que puede disponer de esos bienes pero sólo para destinar su importe a la actividad mercantil²¹⁹.

Respecto de los inmuebles, se debe distinguir entre aquellos cuya enajenación constituye precisamente el objeto de la empresa y los restantes, siempre que hayan sido adquiridos con las resultas del comercio.

En el primer caso es indudable que el cónyuge comerciante puede disponer de los mismos por sí solo²²⁰. En el segundo lo lógico es optar por la solución inversa: el comerciante necesita el consentimiento del otro cónyuge o autorización judicial, pues el carácter civil del contrato de compraventa de inmuebles hace que éste deba regirse por las normas civiles²²¹, sancionándose, consiguientemente, la actuación sin consentimiento o autorización judicial con la anulabilidad si fue a título oneroso (art. 1377 C.C.) y con la nulidad si a título gratuito (art. 1378 C.C.).

En lo que a la enajenación unilateral del establecimiento mercantil se refiere, se ha dicho que, aun no estando claro en qué medida puede el empresario disponer de él, lo que sí parece seguro es que, aunque se estime necesario el consentimiento de su cónyuge, la iniciativa en orden a la disposición del mismo le corresponde única y exclusivamente a él. Si bien el comerciante no puede disponer del establecimiento sin consentimiento de su consorte o sin autorización judicial, si se acepta que el no comerciante pueda asumir la iniciativa de la enajenación del establecimiento, se llegaría a la aceptación, implícita, de que el cónyuge no comerciante puede impedir al que lo es el ejercicio del comercio y esto es algo que contradice el art. 6 C. com.

²¹⁹ CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., págs. 154–155; GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., pág. 521; PEREZ-JOFRE ESTEBAN, "El cónyuge comerciante...", cit., pág. 216.

²²⁰ GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., pág. 521, quien califica de error la derogación de los antiguos arts, 1413 y 1444 C.C. sin proceder, al mismo tiempo, a la debida coordinación con el Código de comercio.

²²¹ CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., pág. 157. A la misma solución, pero por un camino distinto, llega LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., pág. 609, texto y nota 59. En contra PEREZ-JOFRE ESTEBAN, "El cónyuge comerciante...", cit., págs. 212–213 y 220–221.

además de desbordar el ámbito de aplicación del art. 1377 C.C.²²². Frente a esta opinión, un tanto dubitativa, se encuentra la que niega tajantemente que el comerciante pueda disponer unilateralmente del establecimiento mercantil. A esta conclusión se llega arguyendo que la venta de la empresa no es un acto mercantil, sino civil, desde el punto de vista obligacional, y no siendo esta venta una actividad mercantil, no es aplicable el poder dispositivo del art. 6 C. com. A ello se añade que la venta de la empresa lo que hace es acabar con el comercio, y que la empresa creada con fondos gananciales ni es "resulta" ni ha sido adquirida "con resultas"²²³.

2.- Gestión sin oposición del cónyuge no comerciante

La cuestión que se debate en este supuesto es si, no mediando oposición de su consorte, el cónyuge comerciante puede ejercitar las facultades de disposición que se previenen en el Código civil o si debe seguir limitándose a las que le reconoce el art. 6 C. com.

La solución adoptada al respecto se basa en la idea de que si media el consentimiento expreso o presunto del cónyuge no comerciante para la afectación de todos los bienes gananciales, no hay razón que impida que el comerciante disponga del numerario ganancial, ejerce los derechos de crédito constituidos a su nombre, o que efectúe los actos de administración que procedan sobre los bienes integrantes del establecimiento mercantil (arts. 1384 y 1385 C.C.). En definitiva, no habiendo en el Código de comercio "ninguna prohibición que enerve la eficacia de tales normas, habrá de tenerse por legitimado al cónyuge comerciante para actuar unilateralmente las precitadas facultades"²²⁴.

²²² CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición...", cit., págs. 159-160.

²²³ PEREZ-JOFRE ESTEBAN, "El cónyuge comerciante...", cit., págs. 213-214.

²²⁴ LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., págs. 611-612.

CAPITULO NOVENO

DEUDAS CONTRAÍDAS POR LOS CONYUGES: EJECUCION Y RESPONSABILIDAD

I. Deudas contraídas por los cónyuges	578
1. Deuda y responsabilidad: adaptación del art. 1911 C.C.	578
1.1. Deudas gananciales y privativas	580
1.2. Las deudas gananciales en particular	584
1.3. Las deudas privativas, en particular las contraídas con anterioridad al matrimonio	585
1.4. Supuestos especiales	586
1.4.1. Deudas contraídas por un cónyuge en la adquisición de bienes gananciales por precio aplazado	586
1.4.2. Deudas contraídas en el ejercicio del comercio	589
1.4.2.1. Cuestiones previas	589
1.4.2.2. Bienes que como mínimo quedan sujetos a las resultas del comercio	592
1.4.2.3. Otros bienes que pueden quedar obligados	595
1.4.2.4. Oposición y revocación del consentimiento	598
II. La ejecución sobre los bienes gananciales	601
1. Deudas gananciales: La solidaridad impropia del artículo 1369 C. C.	601
2. Deudas privativas: La solución del art. 1373 C.C.	602
3. Ejecución por deudas contraídas en el ejercicio del comercio	606
III. Disolución y liquidación del régimen	608
1. Causas	608
2. Consecuencias	609
3. Operaciones liquidatorias	610
3.1. Fase de fijación	611
3.2. Fase de liquidación	612
3.2.1. Pago de deudas comunes	613
3.2.2. Pago de reintegros y reembolsos	615
3.3. Fase de división y adjudicación	616

I.- DEUDAS CONTRAIDAS POR LOS CONYUGES

I.- Deuda y responsabilidad: adaptación del art. 1911 C.C.

Partiendo de la base de que lo realmente preponderante en el Derecho patrimonial de la familia es la relación familiar que está en su origen¹, cuando la persona que contrae una deuda lo es una casada en régimen de gananciales, el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 C.C.) debe adaptarse a dicha situación, armonizando los derechos de los acreedores con los de los miembros de la familia del deudor, y, en especial, con los del cónyuge de éste.

El legislador español, siguiendo al francés del 65², distingue entre responsabilidad directa o **pasivo provisional**, constituido por las obligaciones contraídas por uno o ambos cónyuges, y por las cuales queda afectado el patrimonio común frente a los acreedores, que cobra toda su virtualidad cuando los acreedores no han sido resarcidos y pretenden la ejecución de sus créditos sobre los bienes gananciales, y contribución o **pasivo definitivo**, constituido por las deudas concretas que debe soportar cada uno de los tres patrimonios, que tiene efectos meramente internos y cobra virtualidad a la cancelación de la deuda, pudiendo generarse un derecho de reembolso. Y, al mismo tiempo, ha establecido que los bienes gananciales quedan vinculados, en todo caso, por las deudas contraídas con el consentimiento de ambos cónyuges, y, además, en algunos supuestos, tasados, de actuación individual.

Las ideas de pasivo definitivo y provisional están claramente recogidas en los arts. 1362³ y 1365⁴. En palabras de la doctrina más autorizada, el art. 1362 "determina

¹ HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983, pág. 11.

² Véase MARTY et RAYNAUD, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1986, pág. 227.

³ "Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1º El sostenimiento de la familia, la alimentación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las

qué gastos son a cargo de la sociedad de gananciales, configurando el *pasivo* común de manera *definitiva*, con independencia de que puedan hacerse efectivos inmediatamente sobre bienes comunes. Para ello se atiene rigurosamente a un criterio *objetivo*, pues determina la procedencia de la *deuda* conforme a su contenido, lo que viene a justificar, desde el punto de vista *pasivo*, como decíamos antes, la existencia de la comunidad" y "... la facultad de *endeudar* a la sociedad de gananciales corresponde a ambos cónyuges, actuando conjuntamente: esfera del art. 1367, sin limitación alguna, e individualmente a cada uno de ellos, actuando separadamente, en algunos casos, que son los que determina el art. 1365, y, en atención a que en estos casos, por la finalidad de la obligación, se trata de deudas comunes, por constituir *carga* de la sociedad de gananciales. Por ello, es su aspecto objetivo, se relaciona íntimamente el art. 1365 con el art. 1362. Diferenciándose, uno de otro, en que aquí la responsabilidad juega en el aspecto *externo*, es decir, en las relaciones con los terceros, resultando por ello indiscriminada, por operar como consecuencia de la atribución legal, por lo que puede ser *provisional*, en la relación interna, mientras que en el juego del art. 1362, como hemos visto, la atribución es *definitiva*..."⁵.

Pues bien, cuando un cónyuge casado en régimen de gananciales contrae una deuda y la satisface voluntariamente, sólo se plantea un tema de contribución. Por el

circunstancias de la familia. La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación. 2º La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes. 3º La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges. 4º La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión arte u oficio de cada cónyuge".

⁴ "Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: 1º En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda. 2º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios.— Si el marido o la mujer fueren comerciantes, se estará a lo dispuesto en el Código de comercio".

⁵ DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XVIII-2, Madrid, 1984, págs. 235 y 274-275. Entre los escritos más recientes, en torno a las diferencias entre los arts. 1362 y 1365 C.C., puede verse GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, págs. 339-363.

contrario, ante una situación de impago es preciso saber contra qué patrimonios puede dirigirse el acreedor. En virtud del art. 1911 C.C. el cónyuge deudor responde siempre con su patrimonio privativo. Para que los acreedores puedan dirigirse contra la masa ganancial hay que proceder, previamente, a la calificación de la deuda. De esa calificación puede resultar una ampliación de la garantía del acreedor, quien podrá dirigirse, además, contra la porción de los gananciales perteneciente al cónyuge no deudor⁶. Pero es que además, de la nueva normativa se desprende que la garantía de los acreedores del cónyuge deudor puede verse aumentada, aún más, en virtud del art. 1319 C.C., que permite a los acreedores dirigirse, en vía subsidiaria, contra los bienes privativos del no deudor, en caso de deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, lo que, a juicio de la doctrina, aunque el no deudor tenga un derecho de reintegro frente a la masa común, no deja de ser una grave modificación del principio de responsabilidad patrimonial universal⁷.

1.1.– Deudas gananciales y privativas

Deudas gananciales lo son aquéllas que dan lugar a la responsabilidad directa con los bienes gananciales y están enumeradas en los arts. 1365 a 1368 C.C. Las deudas privativas, por su parte, son las contraídas por un solo esposo, de las que responden directamente los bienes privativos.

Del examen de la normativa resultante de la reforma se desprende la diversidad de tratamiento que el legislador da a unas y otras deudas. Mientras que en los arts. 1365 a 1368 C.C. quedan especificados los supuestos concretos es que se responde directamente con el patrimonio común, sin que haya habido una calificación explícita de dichas actuaciones como gananciales, el art. 1373 C.C. califica como privativas, sin especificar qué circunstancias configuran tal carácter.

La clave de esta diversidad de tratamiento hay que buscarla en la conexión

⁶ RAGEL SANCHEZ, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, págs. 28–29.

⁷ RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., págs. 29–30.

entre legitimación para la gestión y responsabilidad directa con los bienes gananciales⁸. De ahí la detallada regulación de los supuestos en que, además del patrimonio privativo, el acreedor tiene a su disposición el ganancial. Cuando un cónyuge actúa solo, en el marco de la legitimación individual, los arts. 1365, 1366 y 1368 añaden como garantía la totalidad de los bienes comunes. De esto se infiere que, cuando la deuda se ha contraído en una circunstancia distinta a las previstas por el legislador, tiene carácter de privativa o particular⁹, siéndole aplicable el régimen de responsabilidad previsto en el art. 1373 C.C., precepto que, según la doctrina, es una reproducción del art. 1911 adaptado al régimen de gananciales¹⁰. La consecuencia de la conexión legitimación-responsabilidad es que las deudas originadas por la actuación individual tienen carácter privativo, en tanto no se demuestre su carácter ganancial, es decir, que se han contraído en el marco de los supuestos previstos en los arts. 1365, 1366 ó 1368 C.C.¹¹.

⁸ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 235-236.

⁹ GIMENEZ DUART, "Cargas y obligaciones del matrimonio", en *RDP*, 1982, págs. 542 y ss., pág. 552. En el mismo sentido, DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 327-328.

Esta misma técnica, otorgar carácter residual al concepto de deuda privativa, es la que recoge el art. 186 del Código civil italiano, El legislador francés, por el contrario, regula los supuestos de deuda privativa (art. 1410 C.C.), reputándose comunes las demás.

¹⁰ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 328; RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 32; TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, págs. 1582 y ss., pág. 1741.

¹¹ MARTINEZ SANCHIZ, "Casos dudosos de bienes privativos y gananciales", en *AAMN*, págs. 357 y ss., pág. 383; RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 34. En contra ECHEVARRIA ECHEVARRIA, "Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias", en *RDN*, 1982, págs. 7 y ss., pág. 21, y LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la ley de 13-5-1981", en *RJC*, 1983, págs. 585 y ss., pág. 596, para quienes la presunción de ganancialidad del art. 1361 C.C. debe tener su correlativo en el pasivo, presumiéndose que los bienes gananciales responden directamente por las deudas contraídas por uno de los cónyuges. En el mismo sentido, aunque indirectamente, STS de 3 de diciembre de 1985.

La tesis de la presunción de ganancialidad pasiva es rebatida, entre otros, por GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 432; PENA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, págs. 255-256; RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., págs. 35-36; TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", cit., págs. 1749-1750.

Así pues, el pasivo ganancial no se relaciona con el activo, sino con la gestión de éste. Como ya hemos visto, la gestión del patrimonio ganancial, como regla general, es conjunta (art. 1375 C.C.), y, por ende, de las deudas contraídas por ambos esposos responden los bienes gananciales (art. 1367 C.C.). Es decir, la actuación conjunta califica una deuda como ganancial, siendo el art. 1367 una pura norma de responsabilidad, que no prejuzga lo que puede suceder en la esfera interna¹². Por el contrario, el carácter de las deudas contraídas por uno de los esposos cuando ejercita alguna de las facultades individuales previstas (arts. 1319, 1384, 1385 C.C.) debe ser probado por el acreedor¹³. De lo expuesto se deduce que, cuando un cónyuge actúa al margen de la legitimación individual que se le otorga, los bienes gananciales no responden directamente, quedando únicamente obligado su propio patrimonio¹⁴.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho italiano, cuyo art. 186, c) C.C. establece que es responsabilidad de la comunidad "cualquier obligación contraída por los cónyuges, incluso separadamente, en interés de la familia", en nuestro Código civil la actuación de un esposo en interés de la familia no es criterio determinante para calificar de propia o ganancial la deuda contraída, sino que nuestro Código se limita a recoger unos supuestos taxativos, en los que considera que la actuación individual de un esposo es útil para la comunidad ganancial¹⁵, lo que nos aproxima al Derecho francés, cuya doctrina entiende que el interés de la familia es una noción-cuadro intencionalmente vaga, de carácter evolutivo y flexible, establecida por la ley y sometida a la apreciación de los órganos judiciales¹⁶. No obstante, un importante sector

¹² DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 300.

¹³ RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág.35; TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", cit., pág. 1687. En contra, defendiendo que el carácter privativo de la deuda no tiene que probarlo el acreedor, sino el tercero contratante, ya que toda deuda se presume común, ECHEVARRIA ECHEVARRIA, "La ganancialidad pasiva", en *RDN*, 1982, págs. 7 y ss., pág. 16.

¹⁴ BLANQUER UBEROS, "Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge", en *RDN*, 1981, págs. 7 ss., pág. 55, seguido por DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 327.

¹⁵ Véanse GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., págs. 435-437, y RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., págs. 38-43.

¹⁶ Véase CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1981, pág. 217.

doctrinal entiende que el interés de la familia sí es un elemento decisivo¹⁷.

Tomando como punto de referencia la conexión legitimación–responsabilidad, son deudas gananciales y privativas las siguientes:

Además de las contraídas conjuntamente por los dos esposos (art. 1367 C.C.), son gananciales las deudas contraídas por un solo cónyuge: en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1365–1º, inciso primero); en la gestión o disposición de bienes gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda (art. 1365–1º, inciso segundo); en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio (art. 1365–2º, inciso primero); en la administración ordinaria de los bienes propios (art. 1365–2º, inciso segundo), así como las obligaciones extracontractuales de un cónyuge que son consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad o en el ámbito de la administración de los bienes, salvo que fueran debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor (art. 1366 C.C.), y las contraídas por uno solo en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales (art. 1368 C.C.).

En cuanto a las deudas privativas la doctrina reputa como tales: las contraídas con anterioridad al matrimonio, o al comienzo de la sociedad de gananciales, incluidos los bienes comprados a plazos, aunque éstos se acaben de pagar con dinero ganancial (art. 1357, párr. 11º C.C.); las derivadas de la adquisición de bienes a título gratuito; las hereditarias; las de juego (art. 1372 C.C.); las obligaciones delictuales y demás extracontractuales no comprendidas en el art. 1366; las que tienen su causa en actos que exceden del ámbito de la potestad doméstica; las procedentes de actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes privativos; las originadas por la tenencia y disfrute de los bienes privativos; las relacionadas con el interés propio y exclusivo

¹⁷ ABELLO MARGALEF, "Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales", en *RDP*, 1983, págs. 802 y ss., pág. 803; BLANQUER UBEROS, "La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones", en *AMN*, XXV, págs. 43 y ss., pág. 132; DE LOS MOZOS, "La nueva sociedad de gananciales", en *RDN*, 1982, págs. 189 y ss., pág. 217; DORAL GARCIA, "El interés de la familia", en *DJ*, 1982, vol. 1º, págs. 3 y ss., pág. 10; GARCIA GARCIA, "El deber de actuar en interés de la familia", en *RDP*, 1984, págs. 243 y ss., pág. 264; GIMENEZ DUART, "Cargas y obligaciones del matrimonio", en *RDP*, 1982, págs. 542 y ss., pág. 545.

del cónyuge deudor y, en general, todas aquéllas que no puedan reacer sobre el patrimonio común, o sobre el patrimonio privativo, en todo o en parte, del otro cónyuge¹⁸.

1.2.- Las deudas gananciales en particular

La responsabilidad derivada del ejercicio de la potestad doméstica ya fue expuesta al analizar el régimen matrimonial primario, y a lo allí dicho nos remitimos¹⁹.

La responsabilidad derivada de la gestión o disposición de bienes gananciales, ya venga atribuida por ley, ya por pacto capitular, se conecta con las normas de los arts. 1382, 1384-1386 C.C.²⁰. La única cuestión relevante en este caso es la que plantea la administración de los bienes comunes que se encuentran a nombre o en poder de un cónyuge. Respecto a la misma la doctrina ha señalado que los bienes gananciales responden de las deudas contraídas en el ámbito de la administración tanto ordinaria, como extraordinaria²¹.

La responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas contraídas por cada uno de los cónyuges en el ejercicio de su profesión, arte u oficio es la consecuencia lógica del carácter ganancial de los rendimientos obtenidos con dicha actividad (art. 1347-1º C.C.)²² y, además, como se ha dicho, porque, de lo contrario, el cónyuge podría ver entorpecido el desarrollo de su actividad profesional, como consecuencia

¹⁸ Véanse, por todos, DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 328, y RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., págs. 37-38.

¹⁹ Véase supra capítulo VII, apdo. II, 2.

²⁰ Véase supra capítulo VII, apdo. III, 5.

²¹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 280; LACRUZ (-SANCHEZ), *Elementos de Derecho de civil, IV. Derecho de familia*, 3ª ed. reimpr. actualizada [por] LUNA SERRANO/RIVERO HERNANDEZ/RAMS ALBESA, Barcelona, 1990, págs. 420-421.

²² DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 280-281; MATA PALLARES, "Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada", en *AAMN*, XXV, págs. 327 y ss., pág. 341.

de la restricción de su solvencia frente a los posibles acreedores²³.

La responsabilidad de los gananciales por las deudas contraídas en la administración ordinaria de los bienes propios tiene su fundamento, al igual que en el caso anterior, en el carácter ganancial de los frutos, rentas e intereses que producen dichos bienes (art. 1347-2º C.C.). A diferencia de lo que sucede con las deudas contraídas en la gestión o disposición de bienes gananciales, en este caso los gananciales sólo responden de las contraídas en la administración ordinaria. No obstante, se defiende la cobertura de las procedentes de la administración extraordinaria, en tanto redunden en beneficio de la comunidad²⁴.

1.3.- Las deudas privativas, en particular las contraídas con anterioridad al matrimonio

El art. 1373 C.C. comienza diciendo que "cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias", y, como ya hemos señalado, las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio, o a la vigencia de la sociedad de gananciales, son privativas.

Frente a la posición más restrictiva, que estima que las deudas contraídas con anterioridad al comienzo de la sociedad son exclusivamente personales²⁵, se encuentra la que defiende que determinadas deudas privativas pueden ser consorciales. De un lado el piso comprado a plazos que luego será vivienda familiar o el mobiliario y ajuar del mismo, si los plazos restantes son pagados con bienes gananciales, el bien pertenecerá en proindiviso al adquirente y a la sociedad. Pero esta solución se supedita a que el no adquirente haya prestado su consentimiento para dichos pagos; en caso contrario, su entrega será considerada como cumplimiento, por el consorcio, de una obligación privativa de un cónyuge a reserva del reembolso correspondiente. De otro lado las deudas contraídas por un cónyuge, en un régimen no comunitario, anterior al

²³ Véase LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 421.

²⁴ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 306; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 433.

²⁵ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 328.

de gananciales, en el ejercicio de la potestad doméstica, devienen consorciales en el momento en que comience la sociedad de gananciales²⁶. Esta opinión se sustenta en la letra del art. 1319 C.C., "de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda", del que se extrae la afirmación de que "son comunes los que pertenezcan en proindiviso a los cónyuges en un régimen no comunitario, así como los gananciales". Pues bien, esta construcción no nos parece correcta. A lo ya expuesto con anterioridad²⁷ podemos añadir que el término "común" no aparece ni una sola vez en sede de regímenes separatistas, mientras que sí aparece con el sentido de "ganancial" en los arts. 1347, 1352, 1358, 1359, 1373, 1385 y 1408, a los que cabe añadir el art. 1319, así como que la adopción de un nuevo régimen debe ir precedida por la extinción del vigente y por la liquidación de las deudas contraídas durante el mismo y que todavía quedaran pendientes de satisfacción, idea que queda claramente expresada, a nuestro juicio, en los art. 1417 y 1422 C.C., relativos, respectivamente, a la determinación de las ganancias por la diferencia entre los patrimonios inicial y final, y a la deducción de las deudas no satisfechas, para determinar el patrimonio final.

1.4.- Supuestos especiales

1.4.1.- Deudas contraídas por un cónyuge en la adquisición de bienes gananciales por precio aplazado.

El art. 1370 C.C. establece que "por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código".

Estando admitida la validez de la adquisición efectuada por un cónyuge, quedando aplazado el precio en todo o en parte, es aplicable el art. 1370, cuando el primer desembolso se ha hecho con dinero ganancial (art. 1365 C.C.). Si ha quedado aplazada la totalidad del precio, el bien adquirido durante el régimen se presume

²⁶ RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 98.

²⁷ Véase supra capítulo VII, apdo. II, 2.

ganancial (art. 1361 C.C.), siendo igualmente aplicable el art. 1370, salvo que el adquirente pruebe posteriormente que el primer desembolso se hizo a costa de su propio peculio (art. 1356, *in fine* C.C.).

El art. 1370 C.C. contiene una responsabilidad adicional²⁸, pues añade la garantía del bien ganancial adquirido por un esposo, en favor del transmitente²⁹. El periodo "responderá siempre el bien adquirido" debe ser interpretado en el sentido de en todo caso, o cuando menos y en su totalidad³⁰, es decir, se trata de una construcción modal y no temporal, ya que la temporalidad está supeditada a que el bien adquirido esté en manos del adquirente, lo que, por otra parte, no empece la subsistencia de la responsabilidad si el bien sale fraudulentamente de las manos del adquirente³¹.

La doctrina se muestra acorde en cuanto a la importancia de este precepto, siendo probablemente las palabras de Lacruz las que mejor expresan esa valoración: "La norma es de absoluta justicia, pues sin ella, desde el momento en que cualquier

²⁸ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 435. En el mismo sentido, BLANQUER UBEROS, "La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones", en *AA MN*, XXV, págs. 43 y ss., pág. 133, y MATA PALLARES, "Deuda y responsabilidad...", cit., pág. 347.

²⁹ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 316; RUEDA PEREZ y RUEDA PEREZ, "Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones en la sociedad de gananciales tras la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981", en *RDP*, 1982, págs. 556 y ss., pág. 580.

³⁰ AVILA ALVAREZ, "El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil", en *RCDI*, págs. 1373 y ss., pág. 1399; BLANQUER UBEROS, "La idea de comunidad...", cit., pág. 133; RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 143; RUEDA PEREZ y RUEDA PEREZ, "Notas sobre la nueva regulación...", cit., pág. 583.

³¹ GIMENEZ DUART, "Cargas y obligaciones...", cit., pág. 547, nota 9; GORDILLO, "La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del derecho de familia", en *ADC*, 1982, págs. 1111 y ss., pág. 1157; RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 144; RUEDA PEREZ y RUEDA PEREZ, "Notas sobre la nueva regulación...", cit., págs. 583-584.

Para AVILA ALVAREZ, "El régimen económico matrimonial...", cit., pág. 1399 y TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", cit., pág. 1731, si el bien se enajena a un tercero, siendo necesario el consentimiento del no adquirente, significa que éste ratifica la compra y desencadena la responsabilidad de todos los demás bienes gananciales.

bien adquirido constante matrimonio, a título oneroso y pagándose el primer plazo con bienes gananciales (lo son todos, mientras no se demuestre lo contrario), tiene la condición de consorcial, el que compra un solo esposo en tales condiciones no será responsable de su propio precio, y el acreedor se verá obligado a deshacer la operación, cuando acaso lo que pretendía y le conviene era cobrar el precio restante"³².

En cuanto al periodo "sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código" se ha criticado que el precepto, en este punto, es de gran imprecisión³³ y que no resuelve el problema del patrimonio responsable e incita a reforzar la responsabilidad del bien³⁴. Sobre cuál sea esa responsabilidad se han formulado diversas soluciones. Algunos autores entienden que quedan vinculados los privativos del deudor y todos los bienes gananciales (art. 1369 C.C.)³⁵, siempre que la adquisición se haya llevado a cabo en las circunstancias de los arts. 1365 a 1368³⁶ pues, de lo contrario, sólo respondería directamente el bien adquirido, "junto con los privativos del cónyuge del deudor, que garantizan la deuda en todo caso (art. 1911 C.C.)"³⁷. Otros autores han entendido que este punto permite tres interpretaciones, mínima, media y máxima. En el primer caso responderían el bien adquirido y los privativos del adquirente; en el segundo éstos más los gananciales de que un cónyuge puede disponer libremente, en virtud del art. 1384 C.C., y en el tercero quedarían afectos los privativos y todos los gananciales³⁸.

³² *Elementos...*, IV, cit., pág. 435.

³³ TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", cit., pág. 1727; VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Madrid, 1982, pág. 281.

³⁴ BLANQUER UBEROS, "La idea de comunidad...", cit., pág. 134.

³⁵ CAMARA ALVAREZ, "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", en *ADC*, 1986, págs. 339 y ss., pág. 467; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 319; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 259; VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio...*, cit., pág. 281.

³⁶ TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", cit., pág. 1723.

³⁷ RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 145.

³⁸ GIMENEZ DUART, "Cargas y obligaciones...", cit., págs. 546-547. En sentido análogo BLANQUER UBEROS, "La idea de comunidad...", cit., págs. 132-133. En

1.4.2.- Deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio del comercio

1.4.2.1- Cuestiones previas

Como es sabido, el art. 1365, párr. 2º C.C. indica que "si el marido o la mujer fueran comerciantes, se estará a lo dispuesto en el Código de comercio".

Habida cuenta de que el precepto de remisión solamente regula la responsabilidad externa (pasivo provisional), nos parece incuestionable la aplicabilidad de la normativa civil reguladora de la contribución (pasivo definitivo)³⁹.

El supuesto de hecho contemplado por los arts. 6 y ss. C. com. es el de una empresa privativa, pues si se tratase de una empresa ganancial regirían las normas comunes aplicables a dichos bienes⁴⁰. No obstante la lógica de esta consideración, hay que tener en cuenta que algunos de los problemas que se plantean en torno a los arts. 6 y ss. C. com. tienen precisamente su razón de ser en el carácter ganancial de la empresa.

Qué calificación deba darse a las deudas contraídas en el ejercicio del comercio no es cuestión pacífica. Tomando como punto de partida el que los preceptos mercantiles, preocupados únicamente de las relaciones externas del comerciante⁴¹, regulan esta materia de forma diversa a la normativa civil, se afirma que dichas deudas

contra, TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", cit., pág. 1730, y DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 319, criticado, a su vez, por el propio GIMENEZ DUART, "La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias", en *ADC*, 1986, págs. 807 y ss., pág. 811.

³⁹ En este mismo sentido, GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 464, y RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 123; y para el sistema anterior a la reforma SERRANO MONFORTE, *Ejercicio del comercio...*, cit., pág. 396.

⁴⁰ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 285.

⁴¹ Véanse LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., págs. 596-597; RUEDA PEREZ y RUEDA PEREZ, "Notas sobre la nueva regulación...", cit., pág. 564 y SERRANO MONFORTE, *Ejercicio del comercio...*, cit., pág. 306.

tienen carácter especial⁴². Teniendo en cuenta que el resultado de la actividad empresarial es ganancial (art. 1347-1º C.C.) y que el art. 1362-4º C.C. pone a cargo de los gananciales los gastos que se originen por la explotación regular de los negocios de cada cónyuge, dichas deudas son consideradas comunes⁴³. Por último, partiendo de la consideración de que el consentimiento a que se refieren los arts. 6 y ss. C. com. es para el ejercicio de comercio, se afirma que dicha actividad es un supuesto del art. 1373 C.C., "que establece la previa excusión del patrimonio personal del cónyuge que ha contraído la deuda", de donde resulta "que los bienes gananciales, existiendo consentimiento para el ejercicio del comercio, responden subsidiariamente de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio"⁴⁴.

A la vista de los textos legales, las deudas contraídas en el ejercicio del comercio parecen tener carácter común, ya que el art. 1365 C.C. -precepto remisor-regula única y exclusivamente el tema de la afectación de los bienes gananciales. Otra cosa distinta es que, en consideración a las normas especiales que las regulan, dichas deudas sean calificadas de especiales. En cuanto a que el ejercicio del comercio sea un supuesto del art. 1373 C.C., estimamos que el mismo no encaja plenamente en las previsiones del precepto, pues el art. 6 C. com. no establece una responsabilidad subsidiaria de los bienes gananciales, sino, aunque inicialmente limitada a los *ex commercio*, directa y solidaria.

Otra cuestión que parece seguir sujeta a debate doctrinal es la relativa a qué significado tiene el consentimiento u oposición de que hablan los arts. 6 y ss. C. com. Habida cuenta del espíritu de la reforma y de los fines perseguidos por la ley de 2 de mayo de 1975, es evidente, tal y como han entendido la mayoría de la doctrina⁴⁵ y la

⁴² RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 123.

⁴³ LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., pág. 596, y STS de 22 de octubre de 1990.

⁴⁴ BISBAL MENDEZ, "Anotaciones mercantiles...", cit., pág. 364. En contra, RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 189, nota 141.

⁴⁵ Véase, por todos, por sus extensas precisiones terminológicas, ILLESCAS ORTIZ, "El ejercicio del comercio por persona casada tras la ley de 2 de mayo de 1975", en *Estudios de Derecho mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 283 y ss., págs. 289-291.

jurisprudencia⁴⁶, que el consentimiento no puede referirse más que a los efectos patrimoniales que derivan del ejercicio del comercio. Sin embargo, aun a pesar de la claridad con que se manifiesta el legislador en el art. 6 C. com., "para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges", hay autores que entienden que dicho consentimiento va referido al ejercicio del comercio, es decir, lo circunscriben al ámbito de los efectos personales, lo que, consecuentemente, les lleva a plantearse la viabilidad de una oposición de este tipo⁴⁷.

En cuanto a cuáles son las deudas contraídas en el ejercicio del comercio, la doctrina coincide en señalar que la clave del tema no está en la naturaleza del acto, sino en su finalidad. Es decir, no cabe establecer la ecuación acto de comercio igual a deuda contraída en el ejercicio del comercio. El concepto de deuda *ex commercio* es más amplio que el de acto de comercio y no coincidente. Así, pues, lo relevante para calificar la deuda como *ex commercio* es que haya sido contraída en el marco de la actividad empresarial, siendo absolutamente indiferente que la deuda pueda calificarse o no como mercantil⁴⁸.

⁴⁶ STS de 27 de junio de 1989, al afirmar que no mediaba "oposición en escritura pública respecto a la sujeción de los bienes comunes a obligaciones contraídas en el ejercicio del comercio".

⁴⁷ BISBAL MENDEZ, "Anotaciones mercantiles...", cit., pág. 364; GIMENEZ DUART, "Cargas y obligaciones...", cit., pág. 548, y RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., págs. 131-132.

⁴⁸ Véanse BERCOVITZ, en GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I, 7ª ed. revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz, Madrid, 1976, pág. 278, citado en adelante, en el marco de este capítulo, BERCOVITZ; OLIVENCIA RUIZ, "Significado de la reforma del Código de comercio", en *Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos civil y de comercio por ley 15/1975 de 2 de mayo (-AÑO 1977)*, Madrid, 1978, págs. 155 y ss., pág. 167; PEREZ-JOFRE ESTEBAN, "El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales", en *AMN*, XXVIII, págs. 193 y ss., págs. 229-230, y RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 127.

1.4.2.2.- Bienes que como mínimo quedan sujetos a las resultas del comercio⁴⁹

Según el art. 6, proposición primera C. com., el comerciante responde directamente con sus bienes privativos y con los gananciales obtenidos en el ejercicio del comercio.

La responsabilidad con los bienes privativos del comerciante no es más que una concreción del principio de responsabilidad patrimonial universal, y en sí misma no encierra ninguna dificultad aunque sí sugiere algunas cuestiones referidas a los bienes gananciales. En efecto, según el art. 6 C. com., cuando la empresa es privativa del comerciante, éste responde con la propia empresa de las deudas que contraiga en el ejercicio de su actividad. Pero qué sucede si la empresa es ganancial, por haberse fundado durante la vigencia del régimen, a expensas de los bienes comunes. Para unos autores la empresa ganancial es en sí misma resulta del comercio y, por lo tanto, garantiza directamente las deudas contraídas en el ejercicio de aquél⁵⁰, pues la empresa ganancial, antes que unas ganancias que pueden o no obtenerse, ha de ser objeto de garantía para los acreedores mercantiles⁵¹. Para otros autores el problema se resuelve sin necesidad de acudir a una extensión de la fórmula legal, entendiendo que la empresa está afectada al tener carácter ganancial, y lo está porque existe un consentimiento tácito a la afectación cuando el cónyuge no comerciante permite al que lo es su fundación⁵². Para otros, por último, la solución, aunque con dudas, debe ser la negativa, por ser más acorde con la finalidad de la reforma (atender a la protección

⁴⁹ Sobre la situación anterior a la ley de 13 de mayo de 1981, especialmente en relación con el ejercicio del comercio por mujer casada, véase CAMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1977, págs. 116 y ss.

⁵⁰ CAMARA ALVAREZ, *Estudios...*, I, cit., págs. 88-89, quien, sin embargo, posteriormente somete a revisión su criterio en "El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales", en *Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Madrid, 1989, págs. 267 y ss., págs. 282-283.

⁵¹ LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., pág. 600; MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores", en *RCDI*, 1982, págs. 47 y ss., págs. 62-63, nota 33; RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 127.

⁵² GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", en *RDM*, 1982, págs. 497 y ss., pág. 508.

del cónyuge no comerciante) añadiendo que la letra del art. 6 C. com. es clara: sólo quedan afectados los gananciales adquiridos con las resultas⁵³.

En cuanto a las resultas del comercio⁵⁴ el propio art. 6 C. com. establece que quedan afectadas siempre y de forma directa, lo que no plantea ninguna dificultad cuando nos encontramos ante una empresa privativa del cónyuge comerciante. Pero cuando la empresa es ganancial o privativa del no comerciante y las resultas permanecen en ella como incrementos patrimoniales, o bien cuando, sea cual sea el carácter de la empresa, las resultas se extraen de la misma para integrarse en los bienes comunes, se producen importantes problemas.

La doctrina que ha estudiado el tema llega a las siguientes conclusiones⁵⁵:

Cuando la empresa es privativa del no comerciante y las resultas permanecen en ella se produce una contradicción en el sistema legal. En cuanto resultas tienen afectación directa, pero en cuanto incrementos son bienes privativos y pierden la afectación. Para evitar que el deudor pueda eludir el pago de sus deudas, se debe dar preferencia a la afectación en cuanto resultas, lo que, a su vez, plantea un problema de prueba de qué bienes son privativos por ser de la empresa y cuáles gananciales afectados por ser resultas; problema que, a su vez, se ve agravado por el principio de la libre contratación entre cónyuges, el establecimiento de un sistema confesorio para la determinación del carácter de los bienes y por la libertad de que goza el matrimonio para atribuir carácter ganancial a bienes que de suyo no lo son.

Cuando la empresa es ganancial se genera una contradicción similar. En cuanto resultas, hay afectación directa, pero en cuanto incrementos patrimoniales pasan a formar parte de los "demás bienes comunes", es decir, de los gananciales que requieren consentimiento para su afectación. En este caso, sobre la base de que la propia empresa está afectada por tener carácter ganancial, debe prevalecer también la

⁵³ PEREZ-JOFRE ESTEBAN, "El cónyuge comerciante...", cit., pág. 226.

⁵⁴ Sobre qué se entiende por tales véase supra capítulo VIII, apdo. VI, 2.1.

⁵⁵ Véase GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., págs. 507-509.

afectación directa.

Cuando, sea cual sea el carácter de la empresa, las resultas se extraen de la empresa y se confunden con los bienes no afectos, se plantea el problema de prueba indicado en el caso de la empresa privativa.

Sobre la prueba de qué bienes son resultas del comercio se ha dicho que la misma deberá hacerse según las normas generales de la prueba del Código civil (arts. 1212 y ss.), "ya que el C. com. no ha previsto un régimen de publicidad registral para los bienes que tuvieran esta condición", de donde "la presunción de ganancialidad común o general, que favorece al cónyuge del comerciante y a la familia, parece que habrá de prevalecer sobre la ganancialidad especial, resultas del comercio, que deberán probar los acreedores del cónyuge comerciante para embargarlos y ejecutarlos"⁵⁶. Frente a esta posición encontramos la que defiende que la carga de la prueba de que los bienes no han sido adquiridos con las resultas del comercio debe recaer sobre los cónyuges, con lo que se da cumplimiento a la protección de los intereses del tráfico que predomina en el Código de comercio. El fundamento de esta postura está en el propio art. 6 C. com. que, al liberar de la afectación a los demás bienes comunes, los equipara, en materia de afectación, con los privativos del no comerciante, de ahí que deban ser sometidos al mismo régimen⁵⁷.

La responsabilidad dibujada en la primera parte del art. 6 C.com. constituye lo que se ha convenido en denominar "responsabilidad mínima". Dado el carácter imperativo de este precepto, pese a que el art. 12 C. com. establece que "lo dispuesto en los artículos anteriores se entiende, sin perjuicio de pactos en contrario, contenidos en capitulaciones matrimoniales debidamente inscritas en el Registro Mercantil", los cónyuges no pueden disponer de intereses ajenos en capitulaciones y, por ende, no pueden pactar en sus capítulos que el comerciante responderá con menos bienes de los

⁵⁶ VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I-1, Barcelona, 1991, pág. 119, pero ya desde la 1ª ed., Valencia, 1981, pág. 70. En el mismo sentido, PEREZ-JOFRE ESTEBAN, "El cónyuge comerciante...", cit., pág. 228.

⁵⁷ CAMARA ALVAREZ, *Estudios...*, I, cit., págs. 89-93.

que señala el art. 6, proposición 1ª C. com.⁵⁸.

El que el art. 6, proposición 1ª C. com. establezca la llamada responsabilidad mínima ha sido denunciado por algunos autores, entendiendo que la misma supone una quiebra importante del principio de responsabilidad patrimonial universal⁵⁹, que produce una discriminación en perjuicio de los acreedores *ex commercio*, quienes no pueden dirigirse contra los gananciales no adquiridos con las resultas, mientras que los acreedores civiles por deudas contraídas en el ejercicio de la profesión, arte u oficio pueden dirigirse contra la totalidad del patrimonio ganancial⁶⁰. Estas consideraciones han sido tildadas de parciales, entendiendo que sólo contemplan una cara del problema. Si la deuda se ha originado en el ejercicio extraordinario del comercio, dado que el art. 6 C. com. no distingue entre ejercicio del comercio ordinario y extraordinario⁶¹, los acreedores *ex commercio* podrá dirigirse directamente contra una parte de los bienes gananciales, mientras que los acreedores civiles no pueden dirigirse directamente contra los gananciales, cuando la deuda tiene su origen en el ejercicio extraordinario de la profesión, arte u oficio⁶².

1.4.2.3.- Otros bienes que pueden quedar obligados

Además de los bienes privativos del comerciante y de los gananciales procedente del comercio, existen otros bienes que pueden quedar sujetos a las resultas

⁵⁸ En relación con el antiguo art. 10 C. com. véase SERRANO MONFORTE, *Ejercicio del comercio...*, cit., pág. 372. Para el texto vigente véanse BERCOVITZ, *ob. cit.*, págs. 276-277 y 280; CAMARA ALVAREZ, *Estudios...*, I, cit., pág. 95, y GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., págs. 524-525.

⁵⁹ BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1990, pág. 81; CASTILLO TAMARIT, "Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales", en *RDN*, 1983, págs. 7 y ss., págs. 34-35; LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., pág. 600.

⁶⁰ GIMENEZ DUART, "Cargas y obligaciones...", cit., pág. 547, OLIVENCIA RUIZ, "Significado de la reforma...", cit., pág. 167.

⁶¹ Véase GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 474.

⁶² RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 130.

del mismo, dando paso a la denominada "responsabilidad ampliada". En concreto pueden quedar sujetos los "demás bienes comunes", es decir, los gananciales que no proceden de la actividad empresarial⁶³, así como los privativos del cónyuge no comerciante.

"Para que los demás bienes comunes queden obligados" el art. 6, proposición 2ª C. com. dispone que "será necesario el consentimiento de ambos cónyuges". Respecto de este consentimiento dual se ha dicho que el hecho de que el cónyuge del comerciante decida acerca de la afectación de la parte que corresponde al comerciante en los "bienes comunes" no deja de ser una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal⁶⁴. Aun cuando la doctrina entiende que el consentimiento sólo debe prestarlo el no comerciante, ya que el comerciante lo presta tácitamente mediante el propio ejercicio del comercio⁶⁵, la interpretación literal del precepto llevaría a que cualquier persona casada pudiera limitar el ámbito de su responsabilidad en perjuicio de terceros⁶⁶. El escollo puede salvarse interpretando el art. 6 junto con los arts. 7 y 8 C. com., ya que estos dos últimos presumen la existencia del consentimiento requerido en el art. 6, refiriéndolo al cónyuge no comerciante⁶⁷.

El art. 7 C. com. presume la existencia del consentimiento, "cuando se ejerza

⁶³ URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1989, págs. 136-137, parece no admitir el recorte que el Código de comercio impone a los bienes gananciales, al denominarlos "bienes comunes", ya que estima que éstos están constituidos por todos los gananciales sin distinción alguna.

⁶⁴ GARCIA VILLAVERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., pág. 510.

⁶⁵ ILLESCAS ORTIZ, "El ejercicio del comercio...", cit., pág. 296.

⁶⁶ GARCIA VILLAVERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., pág. 511.

⁶⁷ BERCOVITZ, *ob. cit.*, págs. 281-282; BROSETA PONT, *Manual...*, cit., pág. 81; GARCIA VILLAVERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., pág. 511; ILLESCAS ORTIZ, "El ejercicio del comercio...", cit., pág. 293; LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., pág. 601. Parecen manifestarse a favor del doble consentimiento MENENDEZ-IGLESIAS-ROJO, *Derecho mercantil*, I, UNED, Madrid, 1984, pág. 159, y VICENT CHULIA, *Compendio...*, I-1, cit., pág. 117, y STS de 27 de junio de 1989.

el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo"; oposición que, para que surta efectos, deberá constar en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil (arts. 11 y 22-1 C. com.). Y el art. 8 C. com. la presume, a su vez, "cuando al contraer matrimonio se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin oposición del otro"; oposición que tiene idéntico tratamiento registral que en el caso del art. 7⁶⁸.

Los artículos 7 y 8 presuponen el consentimiento, pero no el conocimiento del ejercicio del comercio por el otro cónyuge, lo que lleva a la necesidad de prueba de este hecho por los terceros⁶⁹, para lo que, de cara a la afectación, será suficiente con demostrar la notoriedad del ejercicio del comercio⁷⁰.

En torno al "conocimiento" de la actividad mercantil de un cónyuge por el otro se ha señalado que, a la vista del deber de información a que se refiere el art. 1383 C.C.⁷¹, el cónyuge del comerciante siempre conoce, o debe conocer, la actividad comercial de su consorte, pues si una de las características de esta actividad es la habitualidad, lo menos que se puede pedir a un cónyuges es que sepa a qué se dedica habitualmente su consorte. Luego, en todo caso, responderán los gananciales *in genere*, a menos que medie expresa oposición⁷².

Según el art. 9 C. com., "el consentimiento para obligar los bienes propios del cónyuge del comerciante habrá de ser expreso en cada caso"; consentimiento cuya efectividad requiere la consabida publicidad registral (arts. 11 y 22-1 C. com.). Con

⁶⁸ Para la situación anterior a la reforma del Código de comercio por la ley 19/1989, de 25 de julio, véanse CAMARA ALVAREZ, *Estudios...*, I, cit., pág. 77, nota 48, y GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., pág. 512, texto y nota 49.

⁶⁹ GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., pág. 513.

⁷⁰ Véase CAMARA ALVAREZ, *Estudios...*, I, cit., págs. 82-87.

⁷¹ Véase *supra* capítulo VIII, apdo. III, 5.

⁷² GIMENEZ DUART, "Cargas y obligaciones...", cit., pág. 548. En contra LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., págs. 601-602, nota 38.

esta fórmula, un tanto alambicada, el legislador viene a decir, de forma indirecta, que los bienes privativos del cónyuge no comerciante pueden quedar afectados a las resultas del comercio ejercido por su consorte, siempre que preste su consentimiento para ello⁷³. Consentimiento entendido en el sentido de precisar si todos sus bienes quedan vinculados y, de no ser así, cuáles en concreto⁷⁴.

1.4.2.4.- Oposición y revocación del consentimiento

La oposición a que se refieren los arts. 7 y 8 C. com. consiste en una declaración de voluntad unilateral del no comerciante dirigida a evitar que se presuma otorgado su consentimiento para la afectación de los bienes comunes, pero también puede ser consecuencia de un pacto capitular al respecto (art. 12 C. com.). La oposición debe manifestarse cuando se conozca el ejercicio del comercio por el cónyuge comerciante (art. 7 C. com.) o al celebrar el matrimonio (art. 8 C.com.). Como ya se ha indicado, la oposición debe ser expresa y constar en escritura pública y ser inscrita en el RM (arts. 11 y 22-1 C. com.).

El art. 10 C. com. dispone que "el cónyuge del comerciante podrá revocar libremente el consentimiento expreso o presunto a que se refieren los arts. anteriores"; revocación que, además de quedar sometida al correspondiente régimen registral (arts. 11 y 22-1 C. com.), no puede "en ningún caso perjudicar derechos adquiridos con anterioridad".

Dejando a un lado la cuestión relativa a la viabilidad de la revocación de un consentimiento presunto, los temas que se plantean en torno a la revocación y

⁷³ Según la STS de 23 de noviembre de 1984, la prestación de consentimiento es requisito ineludible para que queden afectados los bienes privativos del no comerciante.

⁷⁴ Véanse BERCOVITZ, *ob. cit.*, págs. 28-287; CAMARA ALVAREZ, *Estudios...*, I, cit., pág. 80; GARCIA VILLAYERDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., págs. 514-515; GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, I, Madrid, 1976, págs 190 y 196; ILLESCAS ORTIZ, "El ejercicio del comercio...", cit., pág. 311; LACRUZ, "Algunos aspectos...", cit., pág. 549; LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., pág. 603; MENENDEZ-IGLESIAS-ROJO, *ob. cit.*, pág. 160; VICENT CHULIA, *Compendio...*, I, (1981), pág. 70.

oposición del consentimiento son los de las concordancias del art. 11 C. com. y el tratamiento registral.

El estudio de las concordancias del art. 11 C. com. fue realizado por Cámara Alvarez⁷⁵, cuyas palabras merecen ser reproducidas: "El análisis del art. 11 pone de relieve (y así lo confirma la discusión parlamentaria del precepto), ante todo, que en él no se trata del consentimiento (expreso) del art. 6º. Como ya se ha dicho, el art. 7 (a que se remite el 11) regula una de las variantes del consentimiento presunto, del que no tiene sentido exigir la escritura pública. Hay que poner, pues, en relación, ambos preceptos para entender que el art. 11, al citar el 7º, no se refiere el consentimiento presunto del que se ocupa este artículo, sino a la oposición al mismo, que es también materia de dicho artículo. Ocurrió, probablemente, que no se advirtió que el orden en que el art. 11 recogía los tres conceptos (consentimiento, oposición y revocación) no se correspondía con el seguido al citar los pertinentes artículos. Conforta esta opinión el hecho de que ni el art. 9 ni el 10 aludan (ya que sería improcedente que lo hiciesen) a la oposición. El art. 9 tiene por objeto el consentimiento prestado para que queden obligados los bienes privativos del cónyuge no comerciante y el 10 versa sobre la revocación del consentimiento, expreso o presunto, siendo de advertir que también respecto del último la oposición y la revocación son nociones diferenciables, aunque próximas. La oposición parece presuponer una reacción inmediata contra el ejercicio del comercio, mientras que la revocación implica que hubo un consentimiento presunto (fundado en una actitud pasiva prolongada) que luego se retira. De todos modos, el art. 11 es incompleto, pues no considera la oposición que contempla el art. 8, aunque la omisión sea subsanable".

Con anterioridad a la reforma del Código de comercio por la ley 19/1989, de 25 de julio y del Reglamento del Registro Mercantil por el Real Decreto 1957/1989, de 29 de diciembre, habida cuenta del carácter facultativo de la inscripción del comerciante individual, la doctrina recurría a la interpretación analógica de los arts. 28 C. com.⁷⁶ y 79⁷⁷ y 83⁷⁸ RRM, para así salvar la inexistencia de la inscripción con

⁷⁵ *Estudios...*, I, cit., págs. 77-78, nota 48.

⁷⁶ "Si el comerciante omitiere hacer en el registro la inscripción de los bienes dotales o parafernales de su mujer, podrá ésta pedirla por sí o podrán hacerlo por ella sus padres, hermanos o tíos carnales, así como los que ejerzan o hayan ejercido los

que contaba el antiguo art. 21 C. com. Este planteamiento doctrinal, permitir al cónyuge del comerciante que pida la inscripción de su consorte en el RM y la correspondiente anotación de la oposición expresa⁷⁹, ha sido recogido por el legislador en la reciente reforma del RRM. Y así, aun permaneciendo la falta de obligatoriedad de la inscripción del comerciante individual⁸⁰, el art. 88-3 del vigente RRM, en el marco de la legitimación para solicitar la primera inscripción del comerciante individual, indica que "el cónyuge del empresario individual podrá solicitar la inscripción de éste en los casos y a los afectos de los arts. 6 al 10 del Código de comercio". El precepto ha sido criticado, por entender que agrava aún más las dificultades prácticas que existen para la constatación de la oposición del no comerciante, quien, "por otro lado, sin desearlo, se ve sometido de futuro al exigente régimen publicitario que, a menudo imperativamente, viene determinado por el actual Reglamento del Registro Mercantil"⁸¹. A nuestro juicio, y por el contrario, aun cuando pueda ser objeto de críticas, el precepto es loable por dos razones. Viene a resolver

cargos de tutores o curadores de la interesada, y constituyan o hayan constituido la dote".

⁷⁷ "Para hacer efectivo en favor de la mujer casada con comerciante el derecho reconocido en el art. 28 del Código de Comercio, si aquél no estuviere inscrito en el Registro Mercantil y se presentase para ser inscrita alguna escritura de dote, de capitulaciones matrimoniales o de bienes parafernales, se hará la previa inscripción del comerciante en virtud de la instancia prevista en el art. 71, firmada por la misma persona legalmente autorizada para pedir la inscripción y comprensiva de las circunstancias prevenidas en dicho artículo".

⁷⁸ "Los Jueces ante quienes se tramiten autos de suspensión de pagos o quiebra de un comerciante individual librarán mandamiento al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del comerciante, para la práctica de la anotación preventiva ordenada en el art. 4º de la Ley de 26 de julio de 1922, 2º de la Ley Hipotecaria y demás preceptos legales concordantes... Si el comerciante no estuviere inscrito, se hará la previa inscripción del mismo en virtud de mandamiento judicial, que deberá contener las circunstancias necesarias para dicha inscripción según el art. 71..."

⁷⁹ Véanse CAMARA ALVAREZ, *Estudios...*, I, cit., págs. 81-82, nota 50; GARCIA VILLAVARDE, "El ejercicio del comercio por persona casada", cit., pág. 516; ILLESCAS ORTIZ, "El ejercicio del comercio...", cit., págs. 303-304; PEREZ-JOFRE ESTEBAN, "El cónyuge comerciante...", cit., págs. 203-204. En contra GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., pág. 476.

⁸⁰ Véase supra capítulo VII, apdo. III, 4.

⁸¹ GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., págs. 476-477.

expresamente la situación de inseguridad en que se podía encontrar el cónyuge no comerciante ante la no inscripción de su consorte y el subsiguiente desconocimiento del derecho que se le confiere, y subsana la omisión que el art. 11 hace del art. 8, pues reconduce la norma a los arts. 6 a 10 C. com.

II.- LA EJECUCION SOBRE LOS BIENES GANANCIALES

I.- Deudas gananciales: La solidaridad impropia del art. 1369 C.C.

El art. 1369 C.C. contempla la responsabilidad solidaria de los bienes gananciales por las denominadas "deudas sociales", que son tanto las contraídas por ambos cónyuges, conjunta o separadamente, como las que por su naturaleza son ya comunes, con independencia de cómo hayan sido contraídas. El art. 1369 se opone al art. 1367, en el sentido de que éste responde a un criterio subjetivo, mientras que aquél responde a un criterio objetivo, lo que no impide que el 1369 sea complementario del 1367. El art. 1369 es también una norma de responsabilidad, que da por supuesta una regla de atribución que despliega sus efectos en la esfera interna, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1364 C.C.: "el cónyuge que hubiera aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común"⁸².

El art. 1369 dice que "de las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad, responderán, también, solidariamente los bienes de ésta". En torno a este precepto se han elaborado dos interpretaciones. Una que dice que en el caso de deudas de un cónyuge en las que responda además la masa ganancial, el acreedor podrá dirigirse indistintamente contra los bienes privativos del deudor o contra los gananciales⁸³. Y otra que sostiene que dicho precepto quiere expresar que toda deuda consorcial es, además, una deuda personal del cónyuge que la contrae; en consecuencia el deudor responde de la misma con sus bienes y con los gananciales⁸⁴. No obstante, ambas coinciden en que el art. 1369 determina que ambas masas se fundan en una

⁸² Véase DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 308-311.

⁸³ Véase, por todos, MATA PALLARES, "Deuda y responsabilidad...", cit., págs. 344-345.

⁸⁴ RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 153.

sola, desapareciendo toda diferenciación, razón por la que se dice que este precepto diseña una solidaridad impropia, toda vez que va referida a patrimonios y no a personas⁸⁵, con la que se trata de evitar, como sucede en el Derecho italiano, que se responda directamente con el patrimonio común y sólo subsidiariamente con el privativo del cónyuge deudor⁸⁶.

Así pues, según el art. 1369 el acreedor puede hacer efectivo su crédito sobre los bienes comunes. El problema que se plantea es si el acreedor puede entablar demanda sólo contra el deudor, sin dirigirla también contra su consorte. En un juicio declarativo no se plantea dificultad alguna. Para la efectividad de la condena deben ser demandados los dos. Por el contrario, cuando se trata de un juicio ejecutivo, en el cual sólo puede ser demandado aquél contra el cual hay título ejecutivo, la situación se hace más difícil. En cambio, la anotación del embargo viene resuelta por el nuevo art. 144 RH, que pide que la demanda haya sido dirigida contra ambos esposos⁸⁷.

2.- Deudas privativas: La solución del art. 1373 C.C.

La responsabilidad de un cónyuge por deudas propias, con sus bienes privativos, es directa y principal, es decir, el acreedor puede dirigirse directamente contra tales bienes y debe dirigirse indefectiblemente, en primer lugar, contra ellos. Sin embargo, el art. 1373 C.C. establece que "cada cónyuge responde con sus patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla.- Si se realizase la ejecución sobre bienes comunes se reputará que el cónyuge deudor

⁸⁵ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 438.

⁸⁶ Cfr. arts. 186 y 190 C.C. italiano. Véanse CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, I, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, de Cicu-Messineo, Milano, 1979, pág. 156, y CIAN e VILLANI, "La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)", en *Riv. dir. civ.*, 1980, págs. 337 y ss., pág. 367.

⁸⁷ Véanse DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 311-312, y LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., págs. 436-438.

tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal". Añadiendo el art. 1374 C.C. que "tras la disolución a que se refiere el artículo anterior se aplicará el régimen de la separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales".

El art. 1373 carece de precedentes en el Derecho anterior y procede, con algunas variantes, del art. 1368 del Proyecto de ley de 4 de octubre de 1978⁸⁸. Este precepto ha sido objeto de duras críticas, pues con él "la reforma, sin embargo, ha aportado una grave derogación a este principio de autonomía o separación entre el patrimonio común y los privativos, cuyos efectos pueden ser nefastos para la economía familiar, al autorizar el embargo", así como porque "es una extraña mezcla de normas civiles y procesales y consagra una causa atípica de disolución de la sociedad de gananciales"⁸⁹.

Como ha señalado la doctrina⁹⁰, con el art. 1373 se intenta dar solución a una situación subjetivamente compleja, en la que se entremezclan diversos intereses: el del acreedor privativo de un cónyuge, que corre el riesgo de que su crédito no sea

⁸⁸ Véase RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 167.

⁸⁹ GARCIA CANTERO, en CASTAN, *Derecho civil español, común y foral, V, Derecho de familia*, vol. 1º, Madrid, 1983, pág. 414; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 449-450; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 441.

En el Derecho francés los acreedores personales únicamente pueden dirigirse contra los bienes comunes cuando los bienes propios del deudor se han confundido con el mobiliario común y no pueden ser identificados (art. 1411, párr. 2º C.C.). Véanse CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, cit., pág. 361, y MARTY et RAYNAUD, *Droit civil...*, cit., pág. 230. No obstante, con la ley de 23 de diciembre de 1985 se ha ampliado la garantía de los acreedores particulares, pues el nuevo párr. 1º del art. 1411 les permite dirigirse, además, contra las rentas de su deudor.

La solución adoptada por el legislador italiano (art. 189 C.C.) es la de que los bienes comunes responden, hasta el valor de la cuota del cónyuge obligado, cuando los acreedores no pueden satisfacer sus créditos sobre los bienes privativos de su deudor. Véanse CIAN e VILLANI, "La comunione dei beni...", cit., pág. 474, y CORSI, *Il regime patrimoniale...*, I, cit., pág. 156.

⁹⁰ Véase RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 164.

satisfecho; el del cónyuge del deudor, que puede ver expuesta la totalidad del patrimonio común por una deuda ajena a los intereses de la familia; el interés del acreedor de la comunidad, que puede ver su crédito relegado ante la acción sobre los bienes gananciales por el acreedor particular de uno de los esposos, y, por último, el interés del propio deudor, que no deberá verse perjudicado más allá de lo razonable.

Cierto es que la notificación inmediata del embargo y la posibilidad de que el cónyuge no deudor solicite la disolución del régimen suponen unos medios de defensa que no existían con anterioridad, pero el tenor literal del precepto encierra importantes defectos: la protección del cónyuge del deudor es insuficiente, siéndole perjudiciales las dos alternativas; genera un mecanismo complejo, que no tiene desarrollo ni apoyo en las legislaciones procesal y registral vigentes; no protege a los acreedores de la comunidad, y no protege al deudor, que debe someterse en todo caso a la opción que prefiera su cónyuge. Sin embargo, y pese a la letra del precepto, la doctrina ha intentado poner de manifiesto que los intereses en juego quedan suficientemente protegidos⁹¹.

El significado del art. 1373 C.C. se puede resumir de la siguiente manera:

Los bienes comunes pueden ser embargados por los acreedores personales de un esposo que tengan contra él un título ejecutivo y le demanden en el juicio correspondiente⁹². Dicho embargo sólo puede realizarse previa excusión del patrimonio personal del deudor, debiendo el cónyuge no deudor probar la existencia o suficiencia de bienes privativos⁹³, lo que hace prácticamente ilusoria la defensa de los derechos del cónyuge del deudor⁹⁴.

Una vez solicitado el embargo de algún bien presuntivamente ganancial, antes

⁹¹ Véase RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., págs. 170 y ss.

⁹² Cfr. RDGR de 11 de mayo de 1989.

⁹³ STS de 2 de julio de 1984 y 2 de septiembre de 186. No obstante, la STS de 3 de julio de 1988 sienta que el embargante debe alegar y justificar la inexistencia de bienes privativos de su deudor.

⁹⁴ GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 414.

de seguir el procedimiento es indispensable que se le notifique al cónyuge del deudor, dándole un plazo para que pueda ejercer el derecho que le confiere el párr. 1º del art. 1373.

Este requisito es un punto especialmente conflictivo. Mientras el art. 144 RH exige que se demande conjuntamente a ambos cónyuges como requisito para proceder a la anotación preventiva del embargo sobre gananciales inscritos, la DGRN, a partir de su resolución de 28 de marzo de 1983, ha requerido tan sólo la mera notificación, contradiciendo la letra del precepto⁹⁵. Y en el mismo sentido se manifiesta la STS de 17 de septiembre de 1986, al considerar que la exigencia de demanda conjunta no guarda armonía con la cualidad de deducido, por lo que será suficiente la mera notificación al cónyuge no deudor.

Haciendo uso el cónyuge no deudor del derecho que le concede el art. 1373, el embargo se practicará sobre la cuota correspondiente al esposo deudor en la liquidación de la sociedad y, por ende, podrá comprender el derecho actual e indeterminado de éste sobre todos y cada uno de los bienes comunes, pero en tanto que pertenecientes a una comunidad disuelta y en liquidación. Lo normal es que el patrimonio se disuelva y se liquide, recayendo la traba sobre la porción de bienes limpios de deudas comunes adjudicada al cónyuge deudor.

Si el cónyuge no deudor omite pedir la sustitución, y se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios, o al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal. El abono con caudales propios no es más que un reintegro al fondo común, y si espera a la liquidación, el pago se hará por imputación. Tolerada la ejecución, el no deudor ya no puede pedir la disolución de la sociedad, salvo que hiciera declarar a su consorte en concurso

⁹⁵ La solución de la mera notificación era la que con anterioridad a la reforma del RH proponía GIMENEZ DUART, "Cargas y obligaciones...", cit., pág. 553. Para la situación vigente véase GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad...*, cit., págs. 528-539. En contra, BONILLA ENCINA, "El artículo 144 del reglamento Hipotecario y la Dirección General de los Registros", en *RCDI*, 1990, págs. 39 y ss., págs. 93 y 96-98.

quiebra⁹⁶.

Producida la disolución por embargarse la participación ganancial del cónyuge deudor, el art. 1374 C.C. previene la entrada en vigor del régimen de separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales. La vigencia del régimen de separación es inmediata, aunque la comunidad no se liquide. En lo que al plazo de tres meses se refiere, la doctrina mayoritaria entiende que el mismo empieza a contar a partir no de la disolución sino de la liquidación⁹⁷.

Aun cuando un sector mayoritario de la doctrina entiende que la disolución del régimen de gananciales se produce por la sola opción del cónyuge del deudor⁹⁸, se ha defendido que la decisión del cónyuge del deudor no debe ser necesariamente vinculante; entendiendo que el juez debe decidir, mediante resolución motivada, sobre la subsistencia o disolución del régimen. Y, en tal sentido, el juez tendría motivos para rechazar la solicitud en tres casos: cuando el acreedor ejecutante sea precisamente el cónyuge del deudor, cuando la cuantía de la deuda sea insignificante en relación a la del caudal común, y cuando la deuda privativa contraída por un cónyuge sea de cargo de la sociedad de gananciales⁹⁹.

3.- Ejecución por deudas contraídas en el ejercicio del comercio

Partiendo de la conceptualización de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio como deudas especiales, se ha dicho que si el cónyuge no comerciante no se ha opuesto expresamente a la afectación de los "demás bienes comunes", la

⁹⁶ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 442.

⁹⁷ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 337; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 443; TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", cit., pág. 1758. En contra, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 254, nota 114.

⁹⁸ Véanse DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 449; RUEDA PEREZ y RUEDA PEREZ, "Notas sobre la nueva regulación...", cit., pág. 590; TORRALBA SORIANO, "Comentario a los arts. 1344 a 1374", cit., pág. 1753.

⁹⁹ Véase RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., págs. 195-199.

responsabilidad por las deudas *ex commercio* abarca a todos los bienes gananciales, por lo que los acreedores no necesitan acudir al art. 1373 C.C.¹⁰⁰. A nuestro juicio, no se trata de que no necesiten acudir, sino de que no pueden acudir al art. 1373 pues éste configura una responsabilidad subsidiaria de los gananciales, y el consentimiento para la afectación hace que la responsabilidad con los mismos sea directa.

En el supuesto contrario, es decir, si consta inscrita en el registro Mercantil la escritura pública que contiene la manifestación de la oposición del cónyuge no comerciante, los acreedores podrán ejecutar directamente sus créditos sobre los bienes privativos del comerciante y sobre los gananciales *ex commercio*, dirigiéndose, en caso de insuficiencia, subsidiariamente contra los demás gananciales¹⁰¹. Ahora bien, si las deudas contraídas en el ejercicio del comercio se consideran comunes, es evidente que los acreedores podrán dirigirse contra los bienes gananciales, pero no por la vía del 1373, sino por la del 1369, como consecuencia de ese carácter común¹⁰².

En cuanto al embargo de los gananciales adquiridos con las resultas del comercio hay que distinguir según se trate de empresa ganancial o privativa. En el primer caso el art. 1373 no puede aplicarse. Desde el momento en que se acepta la afectación directa de las resultas no cabe acudir a una responsabilidad subsidiaria¹⁰³. En el segundo caso, empresa privativa de cualquiera de los cónyuges, en cuanto resultas tienen afectación directa, y el planteamiento es el mismo. Si la empresa es privativa del no comerciante, al extraerse las resultas y confundirse con sus bienes privativos, éstas, como ya hemos visto, pierden su afectación. Y precisamente por ser bienes privativos del cónyuge no deudor, tampoco cabe el recurso al art. 1373.

¹⁰⁰ RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 188.

¹⁰¹ BLANQUER UBEROS, "La idea de comunidad...", cit., pág. 128; CAMARA ALVAREZ, "El ejercicio del comercio...", cit., pág. 283; RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 189.

¹⁰² En el mismo sentido de no aplicabilidad del art. 1373, MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico...", cit., pág. 79, nota 64, pero sobre la base de que la limitación de la responsabilidad implica la exclusión lógica de los demás gananciales, sea cual sea el carácter de la empresa.

¹⁰³ En contra, RAGEL SANCHEZ, *Ejecución...*, cit., pág. 189.

III.- DISOLUCION Y LIQUIDACION DEL REGIMEN

1.- Causas

Los arts. 1392 y 1393 C.C. enumeran las causas por las que cesa el régimen de gananciales, y los arts. 1394 y 1395 C.C. contienen reglas particulares sobre el momento en que se produce la disolución cuando ésta es acordada judicialmente, y sobre determinados efectos, cuando la disolución tiene lugar por nulidad del matrimonio.

La normativa vigente mejora con mucho la anterior, tanto por la ampliación de supuestos como por la sistemática¹⁰⁴.

Los arts. 1392 y 1393 se diferencian en que el primero recoge las causas que, por ministerio de la ley, producen automáticamente la disolución, mientras que el segundo agrupa aquéllas por las que la disolución se puede decretar judicialmente a instancia de parte. Y de ahí deriva una segunda diferencia. En los casos del art. 1392 la sociedad cesa porque cesa la vida en común, en tanto que en los del art. 1393 la sociedad puede subsistir si el legitimado para pedir su cesación no la pide.

En concreto la sociedad de gananciales se disuelve de pleno derecho por la disolución del matrimonio, la declaración de nulidad del matrimonio, la separación de los cónyuges judicialmente decretada y por cambio de régimen, mediante capitulaciones matrimoniales, y, mediante decisión judicial, por la incapacitación judicial de uno de los cónyuges, la declaración de ausencia de un esposo, la declaración de quiebra de uno de los consortes¹⁰⁵, la condena por abandono de familia, la reiteración de actos fraudulentos o dañosos, la separación de hecho, el incumplimiento grave y reiterado del deber de información y el embargo de la parte

¹⁰⁴ Véanse DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 428-431; DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho civil, IV, Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1988, pág. 199; GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 457.

¹⁰⁵ Cfr. arts. 191 y 210 C.C. italiano. Para la situación anterior a la reforma véase LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 559.

de uno de los cónyuges por deudas propias¹⁰⁶.

2.- Consecuencias

El art. 1396 C.C. establece que "disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, comenzando por un inventario del activo y pasivo de la sociedad". El fundamento de la liquidación está en el art. 1344 C.C., que establece el derecho de cada cónyuge a la mitad del haber líquido que pudiera corresponderle¹⁰⁷.

La consecuencia inmediata, liquidación, va acompañada de otras. En efecto, a partir de la disolución, los frutos de los bienes privativos y los ingresos procedentes del trabajo o industria de los esposos dejan de ser comunes; la vinculación de los bienes comunes por el ejercicio de la potestad doméstica cesa automáticamente; la sociedad deja de ser atributaria de cargas y obligaciones. Estas consecuencias no pueden ser alteradas por la voluntad de los cónyuges, quienes, no obstante, podrían acordar que la indivisión subsiguiente se transforme en una sociedad ordinaria de ganancias, regida por las normas del contrato de sociedad o por las que ellos mismos convengan, pero sin que el acuerdo suponga la reintroducción de la vigencia de los preceptos reguladores de la sociedad de gananciales¹⁰⁸.

La disolución de la comunidad lleva consigo el nacimiento de una indivisión postcomunitaria que se rige por las reglas de la comunidad de bienes. En consecuencia, el patrimonio común sólo puede aumentar por efecto de la subrogación real de unos bienes por otros, la administración de los bienes se somete al sistema de mayorías y la disposición de los mismos requiere la concurrencia de todos los partícipes, no pudiéndose recurrir a la autorización judicial en caso de negativa de uno de ellos. En lo que a los bienes privativos se refiere, el nuevo art. 95-3 RH ha venido a resolver la discusión sobre si uno de los cónyuges, o los herederos del otro, podían enajenar

¹⁰⁶ Sobre las causas de disolución, *in extenso*, véase DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 431-450.

¹⁰⁷ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 455.

¹⁰⁸ Véase, por todos, LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, cit., pág. 559.

libremente sus respectivos patrimonios¹⁰⁹, al establecer que "todos los actos relativos a estos bienes se llevarán a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta". En cuanto a la participación en la masa ganancial, siendo objeto de tráfico jurídico independiente, al igual que la cuota hereditaria o la copropiedad ordinaria, la misma puede ser enajenada (arts. 1531 y 1534 C.C., por analogía) y es embargable, pero el embargo no puede ser anotado si la demanda no se ha dirigido contra todos los copartícipes (art. 144-4 RH); se puede renunciar a ella, acreciendo la parte renunciada al otro titular, pero sin que ello suponga que el renunciante se libera de la responsabilidad *erga omnes* derivada de las deudas de la sociedad (arts. 1000 y 1001 C.C., por remisión del art. 1401 C.C.); finalmente, por lo que a la aplicabilidad del retracto de coherederos se refiere, la doctrina está dividida¹¹⁰.

3.- Operaciones liquidatorias

El tránsito desde la indivisión orgánica hasta la situación de titularidad individual se produce mediante la división de la comunidad, pero esta división requiere una liquidación previa que encierra especiales complejidades pues hay que liquidar porque hay que hacer algo más que distribuir y adjudicar bienes¹¹¹, diferenciándose, consecuentemente, de la liquidación y partición de herencias y de la disolución de las sociedades¹¹².

Consecuencia práctica del principio de igualdad que informa el nuevo Derecho patrimonial de la familia es que los cónyuges tienen ahora los mismos derechos y deberes. Por esta razón "cada uno, o sus herederos en su lugar, en tal caso, retiran sus

¹⁰⁹ Véanse DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 465, y LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 488.

¹¹⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Derecho de familia*, cit., pág. 288, defiende la aplicabilidad, mientras que DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 463, la niega, manifestándose en el mismo sentido respecto a la del retracto de comuneros, admitida por la sentencia de 11 de junio de 1951.

¹¹¹ Véase, por todos, LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., págs. 491-492.

¹¹² Véase DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 470.

bienes y su parte en las ganancias a la par, sin que se pueda pensar en una masa a la que se cargan las deudas preferentemente y que se halla sujeta, además, a obligaciones de restitución de bienes que, por ley o por capítulos, le hayan sido confiados a uno de ellos para su administración o gestión o para simple custodia, ya que todos estos bienes, aun en el caso de existir y de hallarse en la forma descrita durante la vigencia de la comunidad, en el momento mismo de la disolución se confunden e integran en la masa común, por dejar de aplicarse el régimen que anteriormente les regía y venir éste sustituido por el de la indivisión postganancial"¹¹³.

Las llamadas operaciones liquidatorias se rigen por los arts. 1396 y ss. C.C., y, conforme al art. 1410 C.C., "en todo lo no previsto en este capítulo sobre formación de inventario, reglas de tasación y ventas de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia". Dichas operaciones se concretan en la fijación y estado del patrimonio a dividir, la liquidación de las relaciones existentes entre el mismo y los privativos de cada esposo, y la distribución del remanente.

3.1.- Fase de fijación

La determinación de las partidas del activo y el pasivo de la masa ganancial exige la redacción de un inventario valorado de los bienes comunes, así como de las relaciones crediticias que existen entre los distintos patrimonios (art. 1396 C.C.). El inventario vale con independencia de la forma en que se otorgue, y es eficaz contra todos los copartícipes que hayan concurrido a su levantamiento, e incluso contra los citados no concurrentes. En todo caso, el documento en que se consigne deberá reunir garantías de autenticidad *inter partes*¹¹⁴.

Simplificando y unificando las reglas anteriormente vigentes, además de

¹¹³ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 473. En el mismo sentido véanse GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, págs. 467-468, LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., págs. 493-494.

¹¹⁴ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 495.

perfeccionarlas técnicamente, los arts. 1397 y 1398 describen la composición del activo y del pasivo¹¹⁵.

El art. 1397 dice que "habrán de comprenderse en el activo: 1ª Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución. 2ª El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados. 3ª El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge y, en general, de las que constituyen créditos de la sociedad contra éste". Y el art. 1398, por su parte, dispone que "el pasivo de la sociedad estará integrado por las siguientes partidas: 1ª Las deudas pendientes a cargo de la sociedad. 2ª El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad.— Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad. 3ª El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y, en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad".

A juicio de la doctrina, quedan excluidos del inventario los bienes sobre los que el art. 1321 C.C. concede el derecho de predetracción al cónyuge supérstite. Igualmente queda excluida la vivienda habitual, cuando sea propiedad de uno de los cónyuges o cuando sea copropiedad de ambos en régimen de condominio ordinario¹¹⁶.

3.2.— Fase de liquidación

Es la fase más importante, consistente en separar del caudal inventariado el importe de las deudas de la sociedad para determinar el líquido partible, es decir, los gananciales propiamente dichos.

Las normas rectoras se encuentran en los arts. 1399 a 1404 C.C., normas

¹¹⁵ Véanse DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., págs. 476-481, y LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., págs. 494-497.

¹¹⁶ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 482.

mucho más concretas que las vigentes en el sistema anterior. Como consecuencia de la posición igualitaria de los cónyuges, se clarifica el significado de las normas de liquidación "como normas que protegen específicamente los derechos de los acreedores de la sociedad de acuerdo con la orientación general de todo el sistema y que, en este momento, se concretan puntualmente"¹¹⁷.

3.2.1- Pago de deudas comunes

El art. 1399 C.C. establece que "terminado el inventario se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia respecto de las demás, si el caudal inventariado no alcanzase para ello se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos". Y el art. 1400 C.C. ofrece la solución para el problema de iliquidez: "cuando no hubiera metálico suficiente para el pago de las deudas podrán ofrecerse con tal fin adjudicaciones de bienes gananciales, pero si cualquier partícipe o acreedor lo pide se procederá a enajenarlos y pagar con su importe". En consonancia con el sistema imperante durante la vigencia del régimen, el art. 1401 C.C. previene una transmisión de responsabilidad a través de los bienes: "el cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial", lo que significa, según establece la STS de 17 de noviembre de 1987, que la partición es válida y eficaz, pero que el cónyuge deudor responde ilimitadamente, en tanto que su consorte responde con los bienes que se le hayan adjudicado¹¹⁸. Por último, el art. 1402 C.C. dispone que "los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las Leyes en la partición y liquidación de las herencias".

De este conjunto de preceptos se desprende que, respecto al sistema anterior a la reforma, la posición de los acreedores comunes resulta reforzada. En definitiva, el patrimonio en liquidación soporta en sí mismo las deudas que le afectan, y los bienes que lo componen no pasan a integrar indeferenciadamente el patrimonio personal de cada cónyuge hasta la liquidación de las deudas. En consecuencia, y como

¹¹⁷ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 484.

¹¹⁸ En el mismo sentido RDGRN de 28 de octubre de 1987.

contrapartida, la posición de los acreedores personales de los cónyuges es más endeble en esta fase pues, aunque disuelta la sociedad de gananciales no existe obstáculo para que pueda embargar la cuota de su deudor, dicha cuota viene determinada por el remanente líquido, al que se llega después de haber satisfecho a los acreedores sociales (art. 1034 C.C., por remisión del art. 1401 C.C.).

De los arts. 1401 y 1402 C.C. se deducen las siguientes consecuencias: se introduce de manera explícita el beneficio de inventario en favor del cónyuge no deudor, quien sólo responderá con los bienes adjudicados. Pero, correlativamente, si el inventario no se realiza debidamente, el cónyuge no deudor responderá ilimitadamente de las deudas que afectan a los gananciales.

El supuesto especial que se plantea en este ámbito es el del cónyuge no comerciante que no hubiera consentido la afectación de los bienes comunes. La duda se plantea en torno a si, disuelta la sociedad de gananciales y no habiéndose realizado debidamente el inventario, responderá ilimitadamente, a pesar de las limitaciones impuestas por el art. 6 C. com. A este respecto se ha dicho que "aunque, en principio, los acreedores podrían quedar perjudicados por la falta de inventario debidamente formulado al dificultarse en tal caso la identificación de los bienes procedentes de las resultas, sin embargo, y a pesar de ello, hay que considerar que la limitación establecida en el artículo 6 del Código de comercio recogida en el artículo 1365, último párrafo, del Código Civil, tiene su fundamento en la protección del cónyuge que no asume el riesgo del comerciante al no haber prestado su consentimiento específico, y por tanto, habrá también que entender que, dado el carácter especial de aquel precepto y la vigencia de su contenido por remisión expresa del artículo 1365 del Código civil, la limitación de responsabilidad en este caso quedará al margen del inventario"¹¹⁹. Solución que compartimos.

El principio de equilibrio entre las masas patrimoniales, vigente durante la vida del régimen (art. 1358 C.C.), tiene también su manifestación en el momento de la liquidación, disponiendo el art. 1401, párr. 2º C.C. que "si un cónyuge hubiese pagado

¹¹⁹ MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico...", cit., pág. 76. En el mismo sentido, LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil...", cit., pág. 617.

una cantidad superior a la que le fuese imputable, podrá repetir contra el otro"¹²⁰.

3.2.2.- Pagos de reintegros y reembolsos

El art. 1403 C.C. dispone que "pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad".

Este precepto, junto con el art. 1399 C.C., supone una importante excepción a las reglas ordinarias sobre concurrencia y prelación de créditos, puesto que, según ambos, las indemnizaciones y reintegros debidos a los cónyuges sólo se abonan una vez pagadas las deudas y cargas de la sociedad. Para un sector de la doctrina estas normas implican que todo crédito de un cónyuge contra la sociedad debe ser postergado¹²¹. Para otro, que intenta eludir la excepción a las reglas sobre concurrencia y prelación de créditos, el art. 1403 señala un modo de liquidación en los casos ordinarios, pero no un orden de preferencia necesario¹²².

Puede ocurrir que cada cónyuge y la sociedad sean acreedores recíprocamente el uno de la otra, caso para el que el art. 1403 C.C. previene que el abono debido al cónyuge por la sociedad se hace por compensación. Aun a pesar de la fuerte garantía que la propia compensación del crédito implica, parece que el art. 1403 niega esa ventaja al cónyuge acreedor, ya que la misma se produce una vez pagadas las deudas y cargas de la sociedad. La construcción del precepto ha permitido decir que "estas compensaciones son posteriores al pago de las deudas y cargas generales, de manera que si para pagar las deudas y cargas hay que realizar los créditos de la sociedad contra el cónyuge como parte del activo social, éste no podrá, en ese momento, oponer

¹²⁰ Véase DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 492.

¹²¹ DIEZ PICAZO, "De la administración de la sociedad de gananciales", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, págs. 1760 y ss., pág. 1798.

¹²² LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 446.

la compensación¹²³. Para salvar esta contradicción se ha dicho que podría entenderse que las compensaciones que no procede hacer todavía son aquéllas que, por no haber concurrido antes los requisitos para la compensación, no hayan provocado ya, automáticamente, con anterioridad a la disolución de la sociedad, la extinción de crédito y deuda¹²⁴.

Según el art. 1403 C.C. el cónyuge acreedor agota sus posibilidades en el caudal inventariado sin que lo que exceda, o quede sin pagar, dé lugar a ningún derecho al cónyuge o partícipe acreedor que haya quedado perjudicado. Si bien es cierto que ello coloca a los partícipes en peor posición que a los acreedores de la comunidad, pues mientras los acreedores conservan sus acciones contra el deudor, no sucede lo mismo, en general, entre los cónyuges, no lo es menos que ello viene a ser una consecuencia lógica de la aplicación de las normas del régimen primario, es decir, del deber de cada cónyuge de hacer frente a los gastos efectuados para atender a las necesidades de la familia¹²⁵.

3.3.- Fase de división y adjudicación

Una vez efectuada la liquidación por entero, el remanente, constitutivo del haber ganancial, se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos (art. 1404 C.C.). No obstante, también procederá la división cuando, aun sin haberse verificado del todo el pago de las deudas comunes, se llegue a una situación materialmente equivalente por haberlas tenido en cuenta cuando se haya procedido a la asunción de deudas y a la asignación de bienes para su pago, en el supuesto previsto por el art. 1401 C.C.¹²⁶.

La fase de división y adjudicación puede considerarse como el cierre del

¹²³ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1799.

¹²⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "Comentario a los arts. 1401 a 1404", en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES y otros, II, Madrid, 1991, págs. 786 y ss., pág. 793.

¹²⁵ Véase DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 496.

¹²⁶ DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 499.

sistema, en el sentido de que se procede a materializar el contenido del art. 1344 C.C.: "mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla".

La división del remanente, en virtud de la remisión expresa del art. 1410 C.C., se rige por las reglas de la partición hereditaria, cuestión en la que la doctrina se muestra unánime¹²⁷.

Iniciada la fase de división y adjudicación es cuando, con carácter previo al reparto igualitario, se procede a la satisfacción de los créditos de los cónyuges entre sí. En concreto el art. 1405 C.C. dispone que "si uno de los cónyuges resultase en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente". De la literalidad del precepto se desprende que las relaciones crédito-deuda son de carácter personal, es decir, están al margen de la sociedad de gananciales, lo que ha dado lugar a la afirmación de que el art. 1405 contiene un privilegio que resulta de dudosa justificación¹²⁸.

En todo caso, el art. 1405 encierra una norma que es particional, al mismo tiempo que de pago de esos créditos, concediendo a los cónyuges un derecho potestativo. El acreedor puede exigir que su crédito se satisfaga mediante una adjudicación de bienes comunes, lo que no significa que se trate de un derecho de realización de valor, sino de un cumplimiento por equivalencia, que se verifica tomando de los bienes comunes el acreedor el equivalente de su crédito, que formará un plus en su lote, y tomando de menos el deudor.

La regla general en la partición social, supuesta pero no enunciada por el Código, es que las adjudicaciones deben hacerse conservando entre los partícipes la

¹²⁷ Véase, por todos, DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-2, cit., pág. 500.

¹²⁸ GARCIA URBANO, "Comentario a los arts. 1405 a 1409", en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES y otros, II, Madrid, 1991, págs. 795 y ss., pág. 795.

posible igualdad y haciendo lotes con cosas de la misma naturaleza, calidad y especie. Esta igualdad, cuantitativa y cualitativa, sufre una importante excepción en virtud de lo dispuesto en los arts. 1406 y 1407 C.C.

El art. 1406 dice que cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber hasta donde éste alcance: los bienes de uso personal no incluidos en el nº 7 del art. 1346 C.C., la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo, el local donde hubiera venido ejerciendo su profesión, y, en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual; añadiendo el art. 1407 que en los casos tercero y cuarto del art. 1406, el cónyuge puede pedir a su elección que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya un derecho de uso o habitación, y si el valor de los bienes o el derecho superara el del haber del adjudicatario, éste deberá abonar la diferencia en dinero.

Estos dos preceptos, importante novedad introducida por la ley de 13 de mayo de 1981, que no tienen precedentes en el Derecho anterior ni, en puridad, en el Derecho comparado¹²⁹, configuran un derecho de "adjudicación o atribución preferente", con el que el legislador ha buscado dar satisfacción a intereses personales o de afección que el ordenamiento jurídico estima dignos de tutela y que podrían

¹²⁹ El sistema tiene amplios precedentes en el Derecho comparado, pero se mueve en otro contexto. El art. 1471 C.C. francés establece este mecanismo, pero en el marco de las recompensas debidas por la comunidad a los cónyuges, y lo mismo sucede con los arts. 195-197 del Código civil italiano, referidos al derecho que tienen los cónyuges a retirar los bienes que les pertenecían antes de la entrada en vigor del régimen o que han adquirido por donación o herencia durante el mismo. Cosa distinta es que en el marco de las normas hereditarias se establezca, bien expresamente, bien por remisión, un derecho de atribución preferente de la explotación agrícola, de la casa, habitación o local profesional anejos o de la empresa familiar (arts. 832 C.C. francés por remisión de su art. 1471 -hasta su reforma por la ley de 23 de diciembre de 1985-, 1505 BGB y 230 *bis* y 540 C.C. italiano). No obstante, véase GARRIDO DE PALMA y otros, *La disolución de la sociedad conyugal (Estudio específico de las atribuciones preferentes de los arts. 1406 y 1407 del Código civil)*, Madrid, 1985, págs. 4-9, quienes invocan también el art. 58-2 de la Compilación del Derecho civil de Aragón: "El cónyuge sobreviviente podrá hacer incluir en su lote los bienes de uso personal o profesional que no constituyan ventajas, la explotación comercial, industrial o agrícola que dirigiera, así como los bienes que hubiera aportado al consorcio. Todo ello sin perjuicio de las compensaciones que procedan".

resultar lesionados con una partición pura y formalmente igualitaria¹³⁰.

El derecho que establecen los arts. 1406 y 1407 es un derecho potestativo cuyo ejercicio es de la voluntad exclusiva de su titular y que se materializa con la notificación fehaciente de la decisión al otro cónyuge. Este derecho tiene carácter personalísimo, sin que quepa extender su ejercicio a los herederos, toda vez que no concurren en ellos la titularidad del bien y la especial vinculación al mismo que subyacen a la norma. Este derecho no es técnicamente una opción en el sentido del art. 14 RH, pues no se pretende forzar unilateralmente una venta para conseguir un bien. El ejercicio de este derecho tiene como límite, respecto a los bienes personales y a la explotación agrícola, comercial o industrial, el montante del haber del cónyuge beneficiario, arbitrándose una compensación en metálico, por el exceso, en los otros dos supuestos.

Verificada la división, lo lógico es que, en virtud del derecho de atribución preferente, la empresa le sea adjudicada al cónyuge comerciante, pero puede suceder que no sea así. En todo caso, la adjudicación de la empresa a uno u otro esposo va a dar lugar a ciertas variantes en materia de responsabilidad, en el sentido de que la adjudicación no hace desaparecer la que pesa sobre los bienes¹³¹.

En efecto, si la empresa es adjudicada al comerciante, éste responderá con todos sus bienes privativos y con los que se le adjudiquen, y el no comerciante responderá con los bienes que se le hayan adjudicado y que procedan de las resultas del comercio. Si la empresa es adjudicada al no comerciante, éste responderá con los bienes procedentes de las resultas incluidos en su lote y con la propia empresa (art. 6 C. com.), y el comerciante responderá con todo su patrimonio privativo y con todos los bienes que se le hayan adjudicado.

¹³⁰ DIEZ PICAZO, "De la administración...", cit., pág. 1801.

¹³¹ Cfr., entre otras, sentencias de 29 de diciembre de 1987, 5 de junio de 1990 y 15 de marzo de 1991.

CAPITULO DECIMO

SOMETIMIENTO DE UN CONYUGE A LOS PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION COLECTIVA

I. Planteamiento del tema	622
II. La duplicidad de instituciones de ejecución colectiva	623
III. La Quiebra	625
1. Consideraciones generales	625
2. Efectos de la declaración de quiebra	627
2.1. Sobre el deudor	627
2.1.1. Estudio en particular del desapoderamiento	627
2.1.2. La posible disolución del régimen matrimonial del deudor	631
2.2. Sobre los acreedores	635
2.2.1. Estudio en particular de la masa de acreedores	635
2.2.2. La posible disolución del régimen matrimonial del deudor	636
3. La masa de la quiebra	637
3.1. Concepto, naturaleza y delimitación	637
3.2. Reintegración de la masa	638
3.2.1. La retroacción de la declaración de quiebra	639
3.2.2. Las acciones de impugnación de los arts. 879 a 882 del Código de comercio	645
3.2.2.1. Consideraciones generales	645
3.2.2.2. Negocios a los que afectan	649
3.2.2.2.1. Pagos anticipados (arts. 879 y 880-3º)	650
3.2.2.2.2. A título gratuito y asimilados (arts. 880-1º, 2º, 4º y 5º; 881-2º, 3º y 4º)	653
3.2.2.2.3. A título oneroso (art. 881-1º y 5º)	657
3.2.2.3. La cláusula de cierre del art. 882	659
3.3. La reducción de la masa	660
3.3.1. <i>Separatio ex iure dominii</i>	660
3.3.1.1. El derecho de separación del conyuge <i>in bonis</i>	663

I.- PLANTEAMIENTO DEL TEMA

La consagración en el Derecho Moderno del principio de la responsabilidad patrimonial es el término final de una larga evolución que, a través de una progresiva dulcificación de la condición del deudor, ha sustituido la ejecución en la persona por la ejecución en los bienes¹.

La regla de la responsabilidad patrimonial en el Derecho español está consagrada en el artículo 1911 del Código Civil, "del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros". De esta forma se constituye un vínculo de garantía general, correspondiente al acreedor sobre la totalidad de los bienes del deudor encaminado a que se consiga, mediante la ejecución, la obtención de lo debido o su equivalente económico.

Puede suceder que el deudor no cumpla y entonces el Derecho debe arbitrar de un modo u otro su efectividad. Y así, en defecto de cumplimiento voluntario, entra en juego el mecanismo del cumplimiento forzoso, cuyo funcionamiento cuenta con el ejercicio de acciones individuales de ejecución.

La ejecución de las obligaciones en el patrimonio del deudor cobra un especial relieve cuando al incumplimiento por insuficiencia patrimonial se le añade la concurrencia de una pluralidad de acreedores. Al no haber bienes suficientes en el patrimonio del deudor para satisfacer la totalidad de los créditos, se plantea un problema de justicia y es preciso, para resolverlo, en la medida de lo posible, acudir

¹ Los momentos clave en el proceso de transformación fueron la promulgación de la **Lex Poetelia Papiria**, 326 A.C., que abolió la ejecución sobre las personas por razón de deudas, y, posteriormente, la introducción al final de la República de la **bonorum venditio**, en virtud de la cual el procedimiento ejecutivo empezó a tener cierto carácter patrimonial (véase, ALEJANDRE GARCIA, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970, págs. 4 y 25-26).

a los procedimientos de ejecución colectiva², cuyo objeto es repartir el patrimonio del deudor entre sus diversos acreedores.

La aparente simplicidad del principio de la responsabilidad patrimonial se desvanece progresivamente según se va articulando su aplicación práctica³. Un factor que influye en esa mayor complejidad es el hecho de que el deudor sea una persona casada. Esto se pone especialmente de manifiesto cuando el régimen matrimonial adoptado es la sociedad de gananciales, caso en el que debe procederse a una adaptación del art. 1911 del Código Civil, conjugando los derechos de los acreedores con los de los restantes miembros de la familia del deudor, y en particular, con los del cónyuge de éste. La incidencia es mínima cuando el régimen elegido es uno cualquiera de los otros previstos por el legislador.

II.- LA DUPLICIDAD DE INSTITUCIONES DE EJECUCION COLECTIVA

Dada la tradicional consideración del Derecho Mercantil como distinto del Civil, a la hora de hacer frente a una misma realidad material, la insuficiencia patrimonial de un deudor, nos encontramos con una duplicidad de instituciones que tendrán aplicación según el deudor sea o no empresario.

Las diferencias en el tratamiento concursal que el Derecho español previene para el deudor común y el deudor empresario, lo son más de forma que de fondo, pues la quiebra y el concurso de acreedores se asientan sobre los mismos pilares:

² Frente a la posición tradicional, y mayoritaria, que partiendo de la idea de Kohler del título ejecutivo en blanco entiende que los procedimientos concursales son **procesos ejecutivos** (véase, por todos, GUASP, *Derecho procesal civil*, II, Madrid, 1968, pág. 243), se alza una nueva postura que estima que son procesos de **jurisdicción voluntaria**, dada la intervención prepotente de las partes y la consecuente actividad judicial de mero control de la legalidad (CORTES DOMINGUEZ, en *Derecho Procesal*, I-2, Valencia, 1988, págs. 327 y ss., págs. 333-334). No obstante, hay que tener presente la crítica de la teoría de Kohler efectuada por Bonelli, así como su argumentación para descartar la calificación del procedimiento de quiebra como de jurisdicción voluntaria (véase BONELLI, *Del fallimento*, I, Milano, 1923, págs. 113-115).

³ Sobre la falsa simplicidad del art. 1911 del Código Civil, véase MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XXXI, Madrid, 1961, págs. 542-555.

universalidad patrimonial, colectividad de acreedores y paridad de trato. Un breve esquema nos permitirá ver más claramente las semejanzas:

- 1.- Causa: insuficiencia patrimonial del deudor y concurrencia de varios acreedores (arts. 1913 C.C. y 874 C. com.)
- 2.- Declaración: voluntaria (arts. 1913 C.C., 875-1º C.com. y 1156 y 1323 LEC) o necesaria (arts. 875-2º C. com. y 1158 y 1323 LEC).
- 3.- Efectos:
 - 3.1. Relativos a la persona del deudor:
 - 3.1.1. Desapoderamiento patrimonial (arts. 1914 C.C. y 878-1º C. com.).
 - 3.1.2. Exclusión de cargos tutelares (arts. 244-5º, 291 y 301 C.C.).
 - 3.1.3. Si procede, exigencia de la responsabilidad penal correspondiente (arts. 1300 LEC, 895 a 897 C. com. y 517 y ss. C.P.)
 - 3.2. Relativos a los bienes:
 - 3.2.1. Inmovilización del patrimonio (arts. 1173 y 1181 LEC).
 - 3.2.2. Administración por terceras personas (arts. 1173 y 1333 LEC y 1044 C. com. 1829).
 - 3.3. Relativos a los créditos:
 - 3.3.1. Transformación en dinerarios (art. 1435 LEC).
 - 3.3.2. Vencimiento de todas las deudas a plazo (arts. 1129-1º, 1915 C.C., 1172 LEC y 883 C. com.)
 - 3.3.3. Interrupción del devengo de intereses (arts. 1916 C.C. y 884 C. com.).
 - 3.4. Relativos a los derechos de los acreedores:
 - 3.4.1. Paralización de las acciones individuales de ejecución (arts. 1173-3º y 1187 LEC).
 - 3.4.2. Graduación de los créditos (arts. 1921 a 1925 C.C. y 912 C. com.).
 - 3.4.3. Prelación de los créditos (arts. 1926 a 1929 C.C. y 913 a 919 C. com.).
4. Terminación:
 - 4.1. Celebración de un Convenio (arts. 1303 LEC y 898 C. com.).
 - 4.2. Liquidación del patrimonio (art. 1294 LEC).

Por otra parte, las razones de fondo tradicionalmente alegadas para mantener la dualidad de procedimientos en función de la distinta condición del deudor (el frecuente recurso al crédito por parte del empresario, la mayor agudeza del impacto

del riesgo que éste asume, la racionalidad contable sobre la que se asienta la empresa mercantil, etc.) justifican, como mucho, la existencia de algunas especialidades mercantiles dentro de un régimen general común. Pero, además, en los distintos intentos de reforma del Derecho Concursal acometidos en España en los últimos 30 años ha estado y está presente la idea unificadora⁴. Añadiendo a esto el que la propia Ley de Enjuiciamiento Civil anima la unificación al remitir para todo lo no previsto en el título de quiebras al anterior sobre concurso, nos parece procedente efectuar el estudio sobre la base de uno de los institutos (la quiebra, por ser la institución más característica y de mayor importancia y dificultad), señalando, si las hubiere, las particularidades del otro (el concurso de acreedores).

III.- LA QUIEBRA

1.- Consideraciones generales

La ejecución singular supone que un solo acreedor exige en su propio nombre y para sí, de modo coactivo, el cumplimiento de su derecho insatisfecho. El acreedor, provisto de un título ejecutivo, solicita el embargo y venta del bien o bienes, para con su producto satisfacer su derecho. Si el deudor tiene una pluralidad de acreedores, cada uno de ellos podrá solicitar su embargo respectivo, y si el deudor posee bienes suficientes para trabarlos en favor de cada uno de ellos, todos podrán hacer efectivos sus derechos.

El panorama cambia radicalmente cuando el deudor, el empresario en nuestro

⁴ En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959 se decía: "no hay ninguna razón de peso que justifique el diverso tratamiento de la insolvencia según que el deudor sea o no comerciante. Las razones que aconsejan establecer un sistema de ejecución colectiva cuando el patrimonio no es bastante para satisfacer todos los créditos pendientes son las mismas sea cual fuere la naturaleza del deudor". En la Presentación del Proyecto de Bases para una Ley Concursal de 1978 se expresaba el mismo sentir: "no se aciertan a apreciar las razones que justifiquen la diversidad de disciplina según el deudor sea o no empresario (...) la naturaleza del deudor constituye elemento indiferente desde el punto de vista legislativo". Posteriormente, en las Exposiciones de Motivos del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y del Anteproyecto de Ley por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley sobre el concurso de acreedores de 1987, se plasmará nuevamente esta tendencia: "unidad de disciplina, superando la diversidad de régimen jurídico asentada en el carácter civil o mercantil del deudor".

caso, no puede hacer frente a las obligaciones que ha contraído con una pluralidad de acreedores. Para evitar el resultado injusto de que por la vía de las ejecuciones singulares sólo cobren unos pocos, se pone en marcha el mecanismo de ejecución colectiva que es la quiebra, sistema que se caracteriza por recaer sobre todo el patrimonio del deudor y por someter a la generalidad de los acreedores al principio de la comunidad de pérdidas.

Una vez iniciado el procedimiento, las acciones individuales y el interés particular de cada acreedor ceden ante la ejecución colectiva, presidida por el interés común de todos los acreedores. Declarada judicialmente la quiebra, se adoptan medidas encaminadas a hacer posible el cobro de los créditos. Estas medidas son muy amplias, afectando tanto a la persona del deudor y a sus bienes, como a los negocios por él concluidos.

El estudio de la presunción muciana requiere la fijación previa del marco –en el ámbito del Derecho concursal– en el que la misma puede desplegar sus efectos. Y ello por dos razones. En primer lugar, para dejar delimitada la posición y defensa de los acreedores, lo que permitirá apreciar mejor qué añade la presunción muciana a esos mecanismos de protección. Y, en segundo lugar, para demarcar las piezas concretas de los procedimientos en las que ha de engarzarse dicha institución. Motivos que hacen necesario el examen de varias cuestiones: el desapoderamiento del quebrado, algunos de los efectos sobre los acreedores, la reintegración y la reducción de la masa⁵.

El desapoderamiento del quebrado porque al producirse la interferencia del estado de casado y plantearse la posibilidad de disolución del régimen económico del matrimonio, es preciso determinar el margen de actuación que se le otorga al quebrado en el proceso de disolución y liquidación del régimen matrimonial; algunos de los efectos sobre los acreedores, para calibrar si el hecho de que el deudor común sea un persona casada, y dependiendo del régimen económico matrimonial concreto, les

⁵ Prescindimos expresamente del estudio de la Suspensión de Pagos porque, como es sabido, sólo cuando la insolvencia es calificada de definitiva, lo que en el fondo es un verdadera situación de quiebra, la LSP arbitra en su art. 21 la aplicación de las normas del C. com. referentes a la reintegración de la masa de la quiebra. Y lo mismo sucede, al margen de la calificación, en materia de reducción de la masa: el art. 22 LSP remite al C. com.

perjudica o les beneficia, habida cuenta de la necesidad de coordinar los intereses de los acreedores concursales con los de los de la familia; la reintegración de la masa por ser la pieza del procedimiento en la que se inserta la presunción muciana y donde se manifiesta con claridad la interferencia del derecho patrimonial de la familia en las normas rectoras del procedimiento de quiebra; y la reducción de la masa, en el supuesto concreto del derecho de separación conferido al cónyuge del quebrado, por su carácter opuesto a la presunción muciana y porque los bienes del cónyuge del quebrado no deben figurar en la masa de la quiebra de su consorte.

2.- Efectos de la declaración de quiebra

2.1.- Sobre el deudor

2.1.1.- Estudio en particular del desapoderamiento

Tomada la expresión en su sentido técnico, por efectos de la quiebra hay que entender únicamente determinadas consecuencias que la declaración de quiebra produce de modo inmediato en el deudor y en los acreedores.

El hecho de la declaración de quiebra produce ciertos efectos en el patrimonio del deudor. Lo que se intenta es delimitar aquél para poder satisfacer los créditos, y para ello se hacen necesarias algunas transformaciones en el mismo. Una de éstas es **la sustitución del deudor en la gerencia de su patrimonio**. Esta sustitución implica un desapoderamiento del deudor para evitar que el patrimonio sufra modificaciones derivadas de los actos del quebrado, que puedan perjudicar los intereses de los acreedores.

Para explicar el fenómeno del desapoderamiento se han expuesto un sinnúmero de teorías⁶ que se encuadran en dos grandes grupos: teorías subjetivas y objetivas. Las primeras intentan explicar la sustitución sobre la base de la incapacidad que le sobreviene al deudor al producirse la quiebra. Las segundas buscan la razón de la sustitución en el patrimonio y no en la persona; todas sus variantes tienen en común la idea fundamental de la afectación de una masa patrimonial al pago de las deudas.

⁶ Para una minuciosa relación, véase RAMIREZ LOPEZ, *Derecho Concursal español. La Quiebra*, II, Barcelona, 1959, págs. 101-110.

Los procedimientos técnicos para mantener íntegro el patrimonio del deudor son dos: el de la **limitación real** y el de la **inhabilitación personal**. En el primero se considera que basta con privar al quebrado del poder de disposición sobre sus bienes. En el segundo se estima que esta privación es insuficiente y que, por tanto, hay que dar un paso más inhabilitando al quebrado, no sólo para la disposición, sino también para la administración de su patrimonio.

Las consecuencias de uno y otro sistema son distintas. En el de la limitación real sólo son nulos los actos del quebrado cuando perjudican a los acreedores y en la medida en que les perjudican, mientras que en el de la inhabilitación personal todos los actos que realice el quebrado fuera de la esfera de capacidad que se le ha reservado son nulos.

En el Derecho español, el art. 878, párr. 1º C. com. contiene la expresión literal de la inhabilitación del quebrado: "declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes".

La doctrina tradicional⁷ entendía que cuando el Código habla de inhabilitación se entiende afectado el elemento personal del negocio, siendo, además, inequívoca la doctrina del Tribunal Supremo en este mismo sentido⁸.

Esta corriente interpretativa se ve reforzada por las prohibiciones del art. 13-2º C. com. y por el art. 922 C. com. el cual al hablar de la rehabilitación del quebrado dice que con ella cesarán todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra.

Las consecuencias de esta interpretación son: nulidad radical y absoluta de todos los actos dispositivos y de administración realizados por el quebrado en su patrimonio, siendo la nulidad universal e insanable y, además, retroactiva.

⁷ Véase, por todos, RAMIREZ LOPEZ, *Derecho concursal...*, II, cit., pág. 25.

⁸ Sentencias de 3 de octubre de 1901, 17 de febrero de 1909, 17 de marzo de 1910, 13 de mayo de 1927, 20 de noviembre de 1928, 7 de marzo de 1931, 9 de junio de 1932, 16 de febrero de 1933, 20 de diciembre de 1952, 13 de mayo de 1955, 22 de febrero de 1963 y 17 de marzo de 1977.

Esta doctrina es criticada por Garrigues⁹ quien aboga por la sustitución del criterio personal y absoluto por el real y relativo. Sin embargo, opina que el criterio personal se ajusta al texto legal y que la doctrina del criterio real es insostenible a la luz de nuestro derecho positivo.

Otra posible interpretación¹⁰ parte de que, aun cuando se entiende afectado el elemento personal del negocio y la sanción parece de incapacidad, hay un mínimo de patrimonio intangible que el deudor puede seguir administrando, por lo que falla la teoría de la incapacidad. Visto que la declaración de quiebra no hace incapaz al quebrado, la consecuencia lógica es que la limitación tiene carácter real y no personal¹¹. Y dado que la *ratio* de la norma es la garantía de los acreedores, la

⁹ *Curso de Derecho mercantil*, II, 7ª ed. revisada con la colaboración de SANCHEZ CALERO, Madrid, 1979, pág. 409.

¹⁰ GIRON TENA, apuntes tomados en clase.

¹¹ En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en una única Sentencia de **30 de junio de 1978**: Si ciertamente la quiebra afecta amplísimamente a la capacidad de obrar de la persona, puede decirse que no alcanza a ser un caso de verdadera incapacidad; y entre la doctrina, AGUILERA DE LA CIERVA, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Madrid, 1973, pág. 287; DIEZ PICAZO y GULLON BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil, I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Madrid, 1981, pág. 261, BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1990, pág. 665; MASSAGUER FUENTES, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, págs. 62-64; SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1991, pág. 604, y SERRANO MONFORTE, *Ejercicio del comercio por mujer casada*, Madrid, 1974, pág. 143.

No consideramos incompatible esta interpretación con la forma de acceso al Registro de la Propiedad de la condición de quebrado. La legislación Hipotecaria ha seguido un movimiento pendular que la ha llevado a desplazar el centro de gravedad de la situación creada con la declaración de quiebra, desde la persona hasta el patrimonio del quebrado y viceversa. Ni la Ley Hipotecaria de 1861, ni su Reglamento aludían de forma expresa a la inscripción de las declaraciones judiciales de quiebra. No obstante, sobre la base de los arts. 2-4º de la Ley y 4º del Reglamento, la doctrina asimilaba los supuestos concursales a los de incapacidad (Véase GOMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria*, I, Madrid, 1862, pág. 296). La Ley Hipotecaria de 1909 vino a reproducir los preceptos de la Ley del 61, sin embargo el Reglamento de 1915 introdujo en su art. 105 una mención expresa, en virtud de la cual los supuestos concursales pasaron a equipararse al secuestro o prohibición de enajenar bienes inmuebles. Con la Ley de 1946 y el Reglamento de 1947 se vuelve al criterio de la limitación de la capacidad personal (arts. 2-4º LH y 142 RH). Ahora bien, el art. 142 del Reglamento habla de quebrados y suspensos y dado que la doctrina estima injustificable la inclusión de la situación del suspenso entre las modificaciones de la

limitación de las facultades dispositivas del quebrado sólo puede afectar a los actos y negocios jurídicos correspondientes al sector del derecho patrimonial.

Las consecuencias de esta interpretación son: los actos del quebrado que violen esta prohibición son válidos, pero ineficaces; es precisa la ratificación de los acreedores para que produzcan sus efectos; las obligaciones dimanantes de tales actos, si los mismos conservan su vigencia, deben cumplirse una vez que el quebrado ha sido rehabilitado; la ineficacia de estos actos impide que los acreedores del quebrado, por los mismos, puedan inmiscuirse en el patrimonio de la quiebra sin que haya precedido la ratificación de los acreedores concursales.

No obstante la brecha abierta por la doctrina y la jurisprudencia, no parece que el tema vaya a recibir una pronta solución¹².

capacidad –en el caso del suspenso no existe ninguna disminución de la capacidad, sino una simple limitación real– aunque sea el régimen aplicable por la asimilación que hace el legislador entre suspensión de pagos y quiebra (Véase OLIVENCIA RUIZ, *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Madrid, 1963, pág. 118), no parece que haya obstáculo a la inscripción registral cuando se entiende que la limitación del art. 878 C. com. tiene carácter real.

¹² El Anteproyecto de ley Concursal, publicado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, conforme a la redacción dada por la Ponencia Especial, revisada y aprobada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación el 27 de junio de 1983, no mejora, a nuestro juicio, el sistema vigente. Aun cuando para la primera fase del proceso (el convenio) sólo se prevé la intervención por el síndico de los actos de relevancia patrimonial que realice el quebrado (art. 140 ALC), la segunda fase (declaración de apertura de la liquidación) determina la inhabilitación (art. 143 ALC). Ambos artículos son un calco, respectivamente, del art. 4 LSP y del art. 878-1 C. com. Por otra parte, el art. 142 ALC dispone que el juez, en consideración de las circunstancias que puedan darse en los concursos de manifiesta trascendencia económica o social, podrá acordar, al declararlos, medidas especiales sobre la persona del deudor. Así pues, se mantiene el sistema de limitación personal aunque agravado, ya que si bien es cierto que frente al automatismo y al rigor del sistema actual, el ALC concibe la inhabilitación como solución excepcional y confiere al juez un amplio margen de discrecionalidad, no lo es menos que lo hace sobre la base de un dato sumamente resbaladizo e indeterminado (manifiesta trascendencia económica y social).

2.1.2.- La posible disolución del régimen matrimonial del deudor¹³

Tras la reforma del Código Civil por la ley de 13 de mayo de 1981, cabe que se produzca una relación de causa-efecto entre la declaración de quiebra y la disolución del régimen matrimonial. Esta posibilidad se plantea cuando el régimen matrimonial vigente es el de gananciales o el de participación, pero no cuando se trata del régimen de separación. Ello no quiere decir que no pueda disolverse el régimen de separación, lo que sucede es que para dicho modelo no hay una previsión legal en tal sentido y, por tanto, no se plantea en puridad esa relación causa-efecto.

Siguiendo la línea marcada por el BGB, abandonada por el Derecho alemán con la ley de equiparación jurídica¹⁴ y, por el contrario, recogida por la reforma italiana de 1975¹⁵, el legislador español del año 81 introduce, en los arts. 1373¹⁶ y 1393-1¹⁷ del Código Civil, por lo que aquí nos interesa, dos nuevas causas de disolución de la sociedad de gananciales: el embargo, y ejecución efectiva, de bienes gananciales por deudas privativas de un cónyuge y la declaración en quiebra o concurso de acreedores de uno de los esposos¹⁸, siendo aplicable ésta última al régimen de participación en las

¹³ Para la situación anterior a la reforma, véase SERRANO MONFORTE, *Ejercicio del comercio...*, cit., págs. 147-149.

¹⁴ Véase supra capítulo V, apdo. II, 2.

¹⁵ Véase supra capítulo VI, apdo. B) II, 2.

¹⁶ "Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla".

¹⁷ "También concluirá por decisión judicial la sociedad de gananciales a petición de uno de los cónyuges, en alguno de los casos siguientes: 1º) Haber sido el otro cónyuge judicialmente declarado en quiebra o concurso de acreedores".

¹⁸ Se puede afirmar, y así lo ha hecho la doctrina, que el art. 1393 C.C. contiene una alternativa legal a la transferencia de las facultades de gestión y disposición conforme a los arts. 1387 y 1388 C.C., véase por todos, LACRUZ (-SANCHO), *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 3ª ed. reimpr. actualizada [por] LUNA SERRANO/RIVERO HERNANDEZ/RAMS ALBESA, Barcelona, 1990, pág. 484.

Empero, y a nuestro juicio, no es muy afortunada la mezcla de causas que hace

ganancias por remisión expresa del art. 1415 C.C.¹⁹.

Ambos supuestos tienen en común que no actúan de forma automática, sino que requieren la solicitud de uno de los cónyuges y la correspondiente resolución judicial, pero se diferencian en que en el caso del art. 1393-1º C.C. el juez sólo tiene que apreciar, o constatar, un dato objetivo: la existencia de la declaración de quiebra, mientras que, como ha señalado la doctrina²⁰, en el del art. 1373 C.C. le queda un margen de discrecionalidad; el juez tendrá motivos para rechazar la solicitud en tres casos concretos: cuando el acreedor ejecutante sea precisamente el cónyuge del deudor, cuando la cuantía de la deuda sea insignificante en relación a la del caudal común y cuando la deuda privativa contraída por un cónyuge sea de cargo de la sociedad de gananciales.

Por otra parte, como se ha indicado anteriormente, el art. 1415 C.C. remite para la disolución del régimen de participación a lo previsto para el régimen de gananciales. Sin embargo, y a pesar de la dicción del precepto y de la filosofía que inspira al régimen de participación, la doctrina civilista²¹ se muestra partidaria de la exclusión del supuesto de quiebra o concurso de uno de los esposos (art. 1393-1º) por considerar de aplicación preferente, y excluyente, el art. 1442 del Código Civil.²²

el legislador en ese nº 1 del art. 1393: junto a causas "personales", introduce una de carácter "patrimonial". Si bien es cierto que todas ellas tienen en común el dato de la previa y correspondiente resolución judicial, no parece que sea éste el punto de conexión. El hilo conductor parece estar en esa "incapacidad" que la doctrina y la jurisprudencia vienen atribuyendo al concursado y al quebrado, y que el legislador tuvo presente aun a pesar de la Sentencia de 30 de junio de 1978.

¹⁹ "El régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales".

²⁰ Véase RAGEL SANCHEZ, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, págs. 195-199.

²¹ DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XVIII-3, Madrid, 1985, págs. 111-112; LANZAS GALVACHE, "El régimen de participación", en *RCDI*, 1982, págs. 1141 y ss., pág. 1151.

²² "Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el periodo a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá

No obstante la mayor autoridad de quienes la representan, discrepamos de esta interpretación, pues el contenido de los arts. 1393-1º y 1442 C.C. no es excluyente. Cada uno de los preceptos cubre una función específica. La disolución y liquidación del régimen por la vía del art. 1393-1º nos va a permitir fijar cuál sea el patrimonio del deudor una vez satisfechas las obligaciones de contenido patrimonial que derivan de las normas del régimen matrimonial primario, pudiendo darse la paradoja de que los bienes adquiridos a título oneroso por el cónyuge *in bonis* en el periodo que marca la Ley pasen a formar parte de su patrimonio como consecuencia de hacerse efectivo su crédito de participación, con lo que el art. 1442 quedaría desvirtuado. La liquidación del régimen prima sobre la ejecución colectiva por la necesidad de un deslinde de patrimonios que proteja simultáneamente los intereses de los acreedores y los intereses de los cónyuges²³. El art. 1442, por su parte, tiene una clara función protectora de los acreedores: con independencia de cuál sea el patrimonio del deudor entra en juego esta concreta medida protectora, marcando unos determinados bienes especialmente afectos a la responsabilidad correspondiente. Así pues, la aplicación acumulada de los arts. 1393-1º y 1442 aumenta la garantía de los acreedores aunque solamente en el régimen de participación, pues el art. 1442 C.C., como veremos más adelante, no es aplicable al régimen de gananciales.

La cuestión que nos plantean estas causas de disolución es si el quebrado puede intervenir en la liquidación del régimen. Dado que la disolución es posterior en el tiempo a la declaración de quiebra, y puesto que en nuestro ordenamiento está vigente el sistema de limitación personal, no es posible que el quebrado –ya inhabilitado– intervenga, y, por tanto, habrán de ser los síndicos quienes lo hagan en su lugar.

Esta solución, cuando el régimen matrimonial es el de gananciales, lleva a una situación similar a la que se produce cuando la disolución es por muerte de uno de los

si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho".

²³ Es cierto que esta solicitud de disolución del régimen puede entrañar una última maniobra fraudulenta. Buena prueba de ello es la Sentencia de 17 de septiembre de 1985, de la Audiencia de Pamplona, en la que se aplicó la acción revocatoria a la liquidación de una Sociedad de gananciales en la que mediante capitulaciones (impugnadas) se atribuía el pabellón industrial embargado a la esposa, por un precio ficticio a todas luces, mientras al marido se le adjudicaban bienes irrealizables.

cónyuges: entran en juego las normas relativas a la liquidación de una comunidad hereditaria, recibiendo los herederos, en este caso los síndicos, la misma posición que hubiera tenido su causante.

Ahora bien, al producirse la disolución cambia el régimen de la masa ganancial, lo que puede llevar, en este caso, a situaciones, cuando menos, curiosas si no contradictorias. En efecto, la comunidad subsiguiente a la disolución se rige por las normas de la comunidad de bienes. Ello significa que para los actos de administración se requiere la mayoría, y para los de disposición la unanimidad, sin que en éstos quepa suplir la concurrencia de un partícipe por la autorización judicial. A la vista de estas reglas de funcionamiento no sería de extrañar que se produjesen continuas interrupciones por falta del consentimiento de uno de los partícipes en tanto se solicita la división. Pero además, cabe que por aplicación del art. 95-3 del Reglamento Hipotecario, según el cual todos los actos inscribibles relativos a los bienes privativos se llevarán a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente aun antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal disuelta, el cónyuge *in bonis* enajene su patrimonio privativo sin que se hayan saldado las deudas consorciales ni los reintegros entre cónyuges, lo que necesariamente disminuye el haber ganancial y puede repercutir negativamente en los acreedores del quebrado, aunque también puede afectar por la inversa a los acreedores consorciales si los síndicos optan por enajenar el patrimonio privativo del quebrado.

Cuando el régimen matrimonial es el de participación, no se produce la asimilación con la comunidad hereditaria, pues a la disolución del régimen no se forma una masa de bienes comunes a dividir en especie entre los cónyuges, ya que no hay nada que repartir, sino que únicamente se trata de asignar a un cónyuge un crédito en dinero para igualar las ganancias realizadas por el otro. La intervención de los síndicos también puede tener aquí un resultado entorpecedor de las operaciones encaminadas a la determinación de los patrimonios, ya que a falta de acuerdo entre el cónyuge del quebrado y los síndicos para hacer el cálculo o nombrar un árbitro, hay que acudir a la vía judicial ordinaria. Pero es que además la intervención de los síndicos produce un efecto paradójico: a través de los síndicos, los acreedores concurren a las operaciones de liquidación, cuando para lo único que están facultados es para concurrir, y oponerse en su caso, a la división de posibles bienes comunes.

En cualquier caso, y sea uno u otro el régimen matrimonial, la sustitución del quebrado por los síndicos va a dificultar las operaciones de liquidación, pues como se ha dicho muy gráficamente "la liquidación supone la reconstrucción, a través del tiempo pasado desde la boda, de una historia que está por escribir"²⁴, y ,desde luego, nadie mejor que los propios esposos para reconstruirla.

2.2.- Sobre los acreedores

2.2.1.- Estudio en particular de la masa de acreedores

Dado que la quiebra es una ejecución colectiva, que tiende a la satisfacción de todos los acreedores con todo el patrimonio del deudor, es preciso que las acciones aisladas se sustituyan por una acción conjunta. Esto se consigue si desde la declaración de quiebra, y como una consecuencia de ésta sobre los acreedores del deudor, se constituye una colectividad –la denominada "masa pasiva" o de acreedores– que impida el ejercicio independiente de las acciones derivadas de los créditos contra el quebrado. Y así, una vez constituida la masa, los acreedores han de paralizar las ejecuciones individuales y acumularlas al procedimiento de la quiebra.

Un tema que sigue siendo objeto de una gran controversia es el de la naturaleza jurídica de la masa pasiva. La caracterización no es más que una generalización sobre la base del derecho positivo de cada país, y partiendo de esta disparidad la doctrina ha propuesto diversas teorías²⁵.

En la doctrina española, sobre la base del art. 1366 LEC, que habla de la "masa de acreedores" de la quiebra como entidad distinta de los acreedores individuales y representada por los síndicos, se ha dicho que se trata de un consorcio²⁶ al que la ley ha concedido algunos atributos de la personalidad jurídica; añadiendo, a continuación,

²⁴ LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 491.

²⁵ Para una detallada relación, vid. RAMIREZ LOPEZ, *Derecho concursal...*, II, cit., págs. 188–191.

²⁶ GARRIGUES, *Curso...*, II, cit., pág. 411; URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1989, pág. 905.

que la masa es un "ente jurídico transitorio"²⁷.

Para otros se trata de un concepto *sui generis*, exclusivo del Derecho concursal, que no es plenamente encuadrable en ninguna de las figuras generales; no se trata de una comunidad pues los créditos siguen siendo privativos de cada acreedor, ni tampoco es un ente jurídico representado por los órganos de la quiebra, ya que éstos, como tales, no sólo representan los intereses de los acreedores, sino también los del deudor quebrado²⁸.

2.2.2.- La posible disolución del régimen matrimonial del deudor

Cuando el régimen matrimonial es el de gananciales, dada la preferencia que el código civil otorga a los acreedores sociales y a los propios cónyuges²⁹, los acreedores concursales, entendidos como acreedores personales del quebrado, tienen efectivamente una posición más endeble, pues si bien nada les impide embargar la cuota del cónyuge deudor, esa cuota viene determinada por el remanente líquido, al que se llega después de haber pagado a los acreedores sociales y de haber abonado a los esposos las indemnizaciones y los reintegros debidos.

No obstante esta primera impresión, lo cierto es que la situación de los acreedores no es tan débil: la liquidación permite clarificar el patrimonio del quebrado, y esa operación se ha visto garantizada por la intervención de los síndicos, lo que debe haber servido para paliar el posible fraude en las operaciones liquidatorias.

²⁷ GARRIGUES, *ibidem*, y adhiriéndose a esta posición, RAMIREZ LOPEZ, *Derecho concursal...*, II, cit., pág. 191.

²⁸ GIRON TENA, apuntes tomados en clase; y veladamente, DUQUE DOMINGUEZ, "Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma", en *ADC*, 1980, págs. 29 y ss., pág. 46.

La polémica sobre la relación que existe entre los síndicos y el quebrado sigue abierta en el derecho español. Sobre las oscilaciones de la doctrina y la jurisprudencia, y la superación de la idea de que los síndicos ostentan la representación legal del quebrado, véase BELTRAN, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986, págs. 97-103 y especialmente notas 4 y 5.

²⁹ Cfr. arts. 1401, 1402 y 1403 C.C.

Cuando el régimen es el de participación en las ganancias, la disolución del mismo beneficia siempre a los acreedores del quebrado pues, o bien supone un incremento del patrimonio del deudor al hacerse efectivo, si procede, su crédito de participación, o bien hace que el patrimonio permanezca prácticamente intacto sin más alteraciones que las derivadas del pago de las obligaciones contraídas para atender las necesidades de la familia. Sin embargo su posición se puede ver entorpecida por la actuación (decisión) del cónyuge del deudor, a quien, por lógica, no le interesa solicitar la disolución del régimen ni aún cuando sea acreedor del deudor, pues para hacer efectivo ese crédito insatisfecho debería –si las ha obtenido–repartir sus ganancias con el deudor, lo que implica una disminución previa de su propio patrimonio.

3.– La masa de la quiebra

3.1.– Concepto, naturaleza y delimitación

Junto a la masa pasiva coexiste la denominada "masa activa", consecuencia de orden patrimonial de la declaración que pesa sobre el quebrado, que comprende los bienes de éste afectos al pago de sus deudas.

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, la masa de la quiebra es un patrimonio de afectación, encauzado a la satisfacción de los acreedores del quebrado.

La masa activa se caracteriza técnicamente como patrimonio separado, carente de personalidad jurídica como consecuencia lógica de su función de objeto de responsabilidad³⁰.

La quiebra se encuadra sistemáticamente en el capítulo del cumplimiento de las obligaciones, presidido por las ideas de responsabilidad patrimonial y cumplimiento o ejecución por el equivalente. Sin embargo, nuestro Código de comercio no delimita positivamente los bienes y derechos con los que el quebrado ha de hacer frente a su responsabilidad. La concreción se hace aplicando el criterio de la pertenencia al

³⁰ Un análisis de las distintas construcciones doctrinales puede verse en BELTRAN, *Las deudas...*, cit., págs. 83–95 y GARCIA PEREZ, *Las deudas de la masa concursal en el Derecho español y comparado*, Avila, 1986, págs. 76–79.

quebrado, de manera tal que sólo pueden formar parte de la masa los objetos y derechos pertenecientes al quebrado que sean actual y objetivamente patrimoniales, transmisibles y aptos para ser convertidos en dinero.

Si bien la delimitación –ocupación de los bienes del quebrado– se produce inmediatamente después del auto declarativo de la quiebra, ello no significa que la masa no pueda verse modificada en el transcurso del proceso. Y esto es así como consecuencia de la llamada que hace el art. 1911 C.C. a los bienes "futuros"³¹.

3.2.- Reintegración de la masa

La reintegración de la masa activa de la quiebra es el conjunto de operaciones dirigidas a traer a la masa todos los bienes que deben figurar en ella.

El sistema de reintegración de nuestro ordenamiento es de tipo mixto, fruto de la combinación de dos mecanismos: la retroacción de los efectos de la declaración de quiebra a un momento anterior, con lo que se persigue la coincidencia temporal de la manifestación de la insolvencia y de la insolvencia misma³²; una serie de acciones

³¹ El quebrado puede, sin duda, adquirir nuevos bienes a título de herencia, legado o donación, y puede también ejercer un actividad lucrativa remunerada, con la prohibición de dedicarse al ejercicio del comercio (art.13-2º C. com.). Los bienes futuros del quebrado pasan a integrar la masa de la quiebra, lo que plantea el tema del tiempo y el modo de ese ingreso: inmediata y automáticamente o por efecto de un acto expreso de los síndicos; con el pasivo o sin el pasivo. Sobre el ingreso automático, véase BELTRAN, *Las deudas...*, cit., págs. 165-169.

³² El Anteproyecto de Ley Concursal suprime la retroacción absoluta y su consecuente sanción de nulidad. No obstante, pervive el periodo de retroacción (art. 181,1 ALC), que no puede ser superior a dos años contados desde la fecha de la admisión a trámite de la solicitud de concurso (art. 182 ALC). Dado que el periodo de retroacción es común a todos los mecanismos de reintegración de la masa, se da un paso hacia la configuración unitaria del periodo de tiempo a que puede afectar la misma.

Ahora bien, la acogida favorable de la supresión de la retroacción absoluta se ve empañada por la conexión del nuevo periodo de retroacción con el presupuesto objetivo del concurso. Ya no se trata de establecer la coincidencia temporal de la manifestación de insolvencia con la insolvencia misma, sino que el ALC arrincona la polémica insolvencia para sustituirla por un concepto aún más vidrioso: crisis económica, estado cuya definición es imprecisa, así como desafortunado el elenco de hechos reveladores de la misma que contiene el art. 9 ALC. Este nuevo presupuesto objetivo ha sido criticado por GIRON TENA, "Los institutos concursales en el

revocatorias, con las que se intenta paliar los efectos de los negocios en fraude de acreedores celebrados en un momento anterior al lapso afectado por la retroacción³³.

3.2.1.- La retroacción de la declaración de quiebra

La retroacción, en efecto, es uno de los posibles mecanismos previstos por el legislador para llevar a cabo la reintegración de la masa. Su base legislativa está en los artículos 878, párr. 2º C. com., "todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos", y 1024 del Código de 1829, "en la primera audiencia declarará el juez de primera instancia el estado de quiebra, fijando en la misma providencia, con calidad de por

Anteproyecto de Ley Concursal: sus funciones y relaciones", en *Estudios sobre el ALC*, en *RFDUC*, nº mon. 8, 1985, págs. 133 y ss., págs. 139-140.

³³ Suprimida la retroacción absoluta, el sistema de reintegración que configura el ALC es de carácter relativo, dado que sólo pueden verse afectados los negocios celebrados dentro del periodo de retroacción (cuya configuración unitaria pone fin a los plazos prevenidos en los arts. 879 a 882 C.com.) en los que concurren los requisitos exigidos en las normas que los regulan.

En cuanto a las concretas acciones de reintegración, el ALC establece el siguiente sistema: **Acción de nulidad de pleno derecho** respecto de los actos a título gratuito realizados por el deudor durante el periodo de retroacción, salvo los regalos y liberalidades de costumbre y las donaciones que tengan conocidamente el carácter de remuneratorias (art. 186 ALC). En este punto es criticable –en un momento propicio para avanzar en la armonización de las normas civiles y mercantiles relativas al derecho patrimonial de la familia– la supresión del párrafo 2º del art. 184 del texto articulado de octubre de 1981 en el que se declaraban nulas de pleno derecho las transmisiones patrimoniales realizadas en virtud de capitulaciones matrimoniales otorgadas durante el periodo de retroacción (en este sentido, ROJO FERNANDEZ-RIO, "Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983", en *Estudios sobre el ALC*, en *RFDUC*, nº mon. 8, 1985, págs. 89 y ss., pág. 111 en nota). **Acción de anulabilidad** respecto de los actos realizados por el deudor dentro del periodo de retroacción, en fraude de sus acreedores (art. 189 ALC), estableciendo seis clases de actos con presunción de fraude, que admite prueba en contrario (art. 190 ALC). **Acción de anulabilidad** respecto de los actos de enajenación a título oneroso realizados durante el periodo de retroacción, cuando la contraprestación en favor del concursado resulte inferior en más de una tercera parte al valor real de mercado de los bienes o derechos transmitidos, salvo que se pruebe la ausencia de efectivo perjuicio para los acreedores (art. 192 ALC). Y por último, el art. 196 ALC atribuye al síndico la facultad de ejercitar las acciones previstas en la legislación civil para la declaración de ineficacia de los actos realizados por el deudor en fraude de acreedores con anterioridad al periodo de retroacción.

Sobre las acciones de reintegración en el ALC, puede verse MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., págs. 104-157.

ahora y sin perjuicio de tercero, la época a que deben retrotraerse los efectos de la declaración por el día que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones".

Sobre esta base legislativa se han elaborado varias posturas doctrinales. Para el sector minoritario³⁴, el art. 878, párr. 2º C. com. contiene una mera declaración de principios cuyo desarrollo se efectúa en los artículos siguientes. La postura se fundamenta en la ausencia de un procedimiento especial regulado en la LEC para hacer efectiva la sanción del art. 878, párr. 2º frente a los trámites procesales previstos en la misma Ley para las acciones de impugnación de los arts. 879 a 882 del C. com.

Esta interpretación ha sido criticada poniendo de relieve que el sistema recogido en los Códigos de 1829 y de 1885 sigue el francés del Código de 1807, un sistema de reintegración que conocía la retroacción; al aplicarse la tesis de la nulidad relativa resulta que los plazos de impugnación de los arts. 879 a 882 son excesivamente cortos para garantizar una efectiva reintegración de la masa y la correspondiente tutela de los acreedores, y, además, en defecto de procedimiento especial, se acude al declarativo correspondiente (art. 481 LEC)³⁵.

La postura mayoritaria³⁶ entiende que la nulidad del art. 878, párr. 2º C. com. es absoluta, esto es, produce efectos frente a todos –sujetos y objetos–; intrínseca, puesto que no necesita ser pedida ni declarada judicialmente, y hace volver a la masa *ipso iure* los bienes que salieron del patrimonio del deudor como consecuencia de esos actos nulos³⁷.

³⁴ VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado*, II, Zaragoza, 1948, págs.357–358; seguido por IBARRA FRANCO, *La retroacción absoluta de la quiebra en el Derecho español*, Zaragoza, 1960, pág. 85; y también por procesalistas como RAMOS MENDEZ, "Las acciones judiciales derivadas de la retroacción de la quiebra", en *R. D. Proc.*, 1974, págs. 683 y ss., pág. 698.

³⁵ ROJO FERNANDEZ–RIO, "Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra", en *RDM*, 1979, págs. 37 y ss., págs. 62–65.

³⁶ Véase, por todos GARRIGUES, *Curso...*, II, cit., págs 429–431, a quien corresponde la formulación más completa de la teoría de la nulidad absoluta e intrínseca, señalando, no obstante, los efectos negativos que derivan de su aplicación.

³⁷ Cfr. las sentencias de 21 de junio de 1960, 29 de octubre de 1962 y 7 de marzo

Aun aceptando que la tesis de la nulidad es la propia del Derecho español³⁸, la doctrina y la jurisprudencia han intentado clarificar y suavizar los términos de la interpretación mayoritaria. De una parte, el art. 481 LEC permite superar la teoría de la carencia de reflejo procesal para la sanción del art. 878, párr. 2º C. com. como causa de la nulidad *ipso iure*³⁹. De otra, al poner en relación los artículos 878, párr. 2º C. com. y 1366 LEC, la nulidad sólo va a afectar a los actos de administración y dominio sobre bienes de titularidad del quebrado perjudiciales para la masa⁴⁰.

También el legislador ha participado en este intento de suavizar el rigor de la sanción. En el art. 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, se ha limitado la aplicación del art. 878, párr. 2º C. com., si bien la norma se refiere a un supuesto muy concreto: negocios constitutivos de hipoteca, por los préstamos a los que se refiere el art. 4 de la Ley, concluidos por los sujetos a los que resulta aplicable esta normativa. Así, estas operaciones no se verán alcanzadas por la retroacción si la hipoteca fue debidamente inscrita y si no hubo fraude de acreedores en la constitución del gravamen (art. 10 de la Ley)⁴¹.

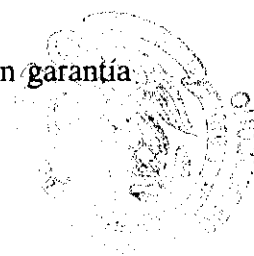
de 1973.

³⁸ Sentencias de 7 de marzo de 1931, 17 de marzo de 1958, 13 de febrero y 21 de junio de 1960, 22 de febrero de 1963, 17 de marzo de 1967, 9 de diciembre de 1981, 13 de julio de 1984 y 28 de enero de 1985.

³⁹ ROJO FERNANDEZ-RIO, "Introducción...", cit., pág. 65.

⁴⁰ Este criterio restrictivo, defendido por JUSTE IRIBARREN, "En torno a la retroacción de la quiebra", en *RDP* Proc., 1958, págs. 69 y ss., pág. 75; aceptado por SANCHEZ CALERO, *Instituciones...*, cit., pág. 604; MARTIN REYES, "Retroacción de la quiebra, nulidad de contrato y restitución de prestaciones: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1973", en *RJC*, 1975, págs 331 y ss., pág. 340, en nota; ROJO FERNANDEZ-RIO, "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1976", en *RDP*, págs. 76-77 y también en "Introducción...", cit., págs. 71-72, e igualmente, aunque por traslación del sistema italiano, RAMIREZ LOPEZ, *Derecho concursal...*, II, cit., págs. 289-290, y rechazado por BROSETA PONT, *Manual...*, cit., pág. 665, había sido apuntado por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 de mayo de 1960, 11 de febrero de 1963, 11 de diciembre de 1965, 20 de mayo de 1970, 10 de marzo de 1976 y afirmado en las de 15 de octubre de 1976, 12 de noviembre de 1977, 8 de febrero y 13 de abril de 1988 y 23 de febrero de 1990, en las que se declara que es preciso probar que el acto ocasionó una disminución en el patrimonio del quebrado y, por lo tanto, en la masa de la quiebra.

⁴¹ La disposición del art. 10 beneficia a las hipotecas inmobiliarias en garantía



El precepto es elogiado pero, dado su carácter restrictivo, parece más dirigido a facilitar la reactivación de un determinado sector económico que a modificar el régimen de la retroacción.

Una postura intermedia aboga por la nulidad relativa, pero sobre la base de otros argumentos⁴². La sanción de nulidad que se aplica a todos los actos que realice el quebrado una vez declarada la quiebra –nulidad que alcanza a todo el periodo sospechoso y a todo el procedimiento– no tiene mucho sentido pues el rigor de la sanción se vuelve contra su propio fin. Partiendo de que la declaración de quiebra no produce una inhabilitación en el sentido de incapacitación, sino un desapoderamiento de los bienes del deudor, se llega a la conclusión de que los actos del quebrado no pueden verse viciados por una causa que dé lugar a la nulidad absoluta. Por tanto, la sanción deberá ser de anulabilidad o revocabilidad de los actos del quebrado realizados en fraude de acreedores. Ahora bien, dada la rigidez de nuestro derecho en este punto, no cabe que algunos de los actos del quebrado realizados dentro del plazo a que se retrotraen los efectos de la declaración de quiebra no se vean afectados por tal declaración. Así pues, la retroacción debe considerarse universal.

Una reciente aportación doctrinal estima que, dada la imposibilidad de encuadrar la ineficacia del art. 878, párr. 2º C. com. dentro de la nulidad o de la anulabilidad, hay que recurrir, necesariamente, al régimen de la ineficacia por rescisión. Las consecuencias de esta interpretación son: la sanción afecta a toda clase de negocios jurídicos, siempre y cuando impliquen un perjuicio, y opera sin tener en cuenta –al menos en los negocios a título oneroso– la participación del tercero en el

de préstamos cuyo objeto sea financiar: la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad (art. 4 de la Ley). Para ello el préstamo deberá haber sido otorgado, y constituida la hipoteca a su favor, por alguna de las Entidades financieras a las que se refiere el art. 1 de la Ley y que se especifican en los arts. 2 y 3 de la misma.

⁴² GIRON TENA, apuntes tomados en clase; también, con diferentes construcciones, JIMENEZ ESCARZAGA, "La retroacción de la quiebra según el art. 878 del C. de c.", en *RDM*, 1958, págs. 39 y ss., págs. 64-78; JUSTE IRIBARREN, "En torno a la retroacción...", cit., págs. 73-81 y MARTIN REYES, "Retroacción...", cit., págs. 337-344.

fraude⁴³.

Admitido que la tesis de la nulidad, aun a pesar de sus graves deficiencias, es la propia del Derecho español, veamos cuáles son sus consecuencias.

Los efectos de la nulidad se van a concretar en la devolución o reintegro a la masa activa de la quiebra de todos los bienes que a consecuencia de los actos, ineficaces por virtud de la retroacción, salieron de ella.

Las cuestiones más delicadas dentro del tema de los efectos de la reintegración son las de la devolución al tercero de lo por él entregado y la posición del tercero hipotecario.

En caso de actos o contratos con obligaciones a cargo de ambas partes, entra en juego el art. 1303 C.C.: "declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses". Sin embargo, es reiterada la doctrina jurisprudencial que no admite la aplicación de los preceptos del C.C. relativos a la nulidad de los contratos⁴⁴ y que sienta que el tercero contratante debe entregar la contraprestación que recibió del quebrado, sin más derecho que el de insinuarse como acreedor en la quiebra⁴⁵. Esta postura jurisprudencial es, cuando menos, criticable; si

⁴³ MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., págs. 65–73.

⁴⁴ Cfr. las sentencias de 17 de febrero de 1909, 31 de mayo de 1927, 7 de marzo de 1931, 27 de mayo de 1960, 28 de mayo de 1960, 14 de noviembre de 1960, 29 de octubre de 1961, 22 de febrero de 1963, 7 de marzo de 1973 y 26 de marzo de 1974. Por el contrario, las sentencias de 20 de mayo de 1975, 10 de marzo y 15 de octubre de 1976 y de 12 de noviembre de 1977 sientan que el art. 878, párr. 2º no alcanza a los supuestos típicos del descuento de letras por entidades de crédito, ni al juego normal de las cuentas corrientes bancarias.

⁴⁵ Esta interpretación tiene un importante fallo de orden práctico. Ni el C. com. ni la LEC contienen una disposición –equivalente al art. 71 de la Legge fallimentare italiana– que permita la insinuación tardía de los terceros revocados. Habida cuenta de la normativa referente a la presentación de los créditos a examen (art. 1378 LEC y 1101 C. Com. 1829), resulta que el tercero se va a encontrar incurso en la mora regulada en el art. 1111 del Código de 1829, con el perjuicio que esto acarrea. En consecuencia, bien por una forzada interpretación en pro de la masa activa de la quiebra, bien por una imprevisión legal, lo cierto es que el tercero se encuentra en una

el tercero reintegra a la masa lo que ha recibido, y los síndicos no le devuelven a él su contraprestación, el patrimonio del deudor no sólo no queda disminuido, sino que se ve acrecentado, con lo que se produce un enriquecimiento injusto de la masa que no es posible fundamentar en derecho⁴⁶.

En cuanto a cuál sea la posición del tercero adquirente, debemos señalar que aunque una primera lectura de las distintas sentencias recaídas pueda hacer pensar que la jurisprudencia ha dado preferencia a la nulidad del art. 878, párr. 2º C. com. sobre la protección que dispensa el art. 34 LH⁴⁷ al tercero hipotecario⁴⁸, lo cierto es que de un posterior análisis se extrae la consecuencia opuesta: la norma hipotecaria no cede ante la norma concursal. Lo que sucede es que en la mayoría de los casos en los que se ha invocado su aplicación, ésta era improcedente al no concurrir los requisitos exigidos por el art. 34 LH, es decir, no se trataba de segunda adquisición o no se daba en el tercero adquirente el requisito de la buena fe⁴⁹. Así pues, la doctrina y la jurisprudencia han ido de la mano en este tema⁵⁰, con la sola excepción de la sentencia

posición de inseguridad por no decir de indefensión.

⁴⁶ En este sentido, MARTIN REYES, "Retroacción...", cit., *passim*, pero especialmente pág. 343; ROJO FERNANDEZ-RIO, "Introducción...", cit., págs. 78-79 y VICENT CHULIA, "El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma", en *RJC*, 1979, págs. 669 y ss., págs. 706-707. En contra, MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., pág. 84.

⁴⁷ "El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez haya inscrito su derecho, aunque después se anule o se resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro".

⁴⁸ ROJO FERNANDEZ-RIO, "Introducción...", cit., pág. 80; MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., pág. 87.

⁴⁹ Cfr. las sentencias de 17 de febrero de 1909, 3 de julio de 1913, 13 de marzo de 1927, 7 de marzo de 1931, 9 de junio de 1932, 31 de mayo de 1960 y 1 de febrero de 1974, así como la RDGRN de 20 de enero de 1986.

⁵⁰ OLIVENCIA RUIZ, *Publicidad registral...*, cit. pág. 94, señala que la nulidad de los actos comprendidos en el periodo de retroacción en nada afecta a la protección de los terceros adquirentes; si reúnen los requisitos de terceros hipotecarios, encontrarán la protección de la fe pública y deberán ser mantenidos en su adquisición; también, BROSETA PONT, *Manual...*, cit., pág. 676, nota 5, y VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, II, Barcelona, 1986, pág. 821. Por su parte BILBAO ARISTEGUI, "Actuación de los principios de legitimación y de fe pública registral en su relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado

de 17 de marzo de 1958, durísimamente criticada por la totalidad de la doctrina⁵¹.

3.2.2.- Las acciones de los artículos 879 a 882 del C. com.

3.2.2.1.- Consideraciones generales

El sistema español de reintegración de la masa se completa con una serie de acciones recogidas en los arts. 879 a 882 del C. com.

El primer tema que suscita el estudio de las mismas es el de su naturaleza jurídica. Para un sector de la doctrina son acciones de impugnación⁵², cuyo fundamento está en la proximidad de la fecha de retroacción y en el carácter fraudulento de los negocios jurídicos a los que se refieren. Para otro, se trata de acciones revocatorias especiales⁵³, pues el supuesto de fondo de la reintegración de la masa viene a ser el mismo de la acción pauliana, es decir, el derecho que tiene todo acreedor a que no sea disminuida la garantía que la Ley le concede sobre todos los bienes del deudor. Lo que sucede es que en el marco del Derecho Mercantil estas acciones son especiales en relación con la revocatoria ordinaria: se prescinde de dos de los requisitos –*animus fraudandi* y *consilium fraudis*–; se aplican a todos los actos que supongan una violación de la *par conditio creditorum* y su ejercicio ha de beneficiar a todos los

durante el periodo de retroacción de la quiebra", en *RCDI*, 1972, págs. 1299 y ss., pág. 1308, llega a admitir incluso que, en algunos casos, el tercero que contrató con el quebrado pueda invocar la protección del art. 34 LH.

⁵¹ Dicha sentencia estableció, entre otras cosas, que el artículo 878, párr. 2º C. Com. es una norma excepcional que prevalece sobre la Ley Hipotecaria y la buena o mala fe de los terceros. En el mismo sentido, invocando la 12 de marzo de 1958, se pronuncia la recentísima sentencia de 15 de noviembre de 1991.

Por su buena síntesis véase VICENT CHULIA, "El contenido...", cit., pág. 709 y nota 73.

⁵² BROSETA PONT, *Manual...*, cit., pág. 676; GARRIGUES, *Curso...*, II, cit., págs. 434-435 y VICENT CHULIA, *Compendio...*, II, cit., pág. 824.

⁵³ DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1983, pág. 752; ROJO FERNANDEZ-RIO, "Introducción...", cit., págs. 53, 84 y 95; MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., pág. 47. Por el contrario, OLIVA SANTOS y CUESTA RUTE, "Algunas orientaciones para la reforma del Derecho Concursal", en *RDProc.*, 1977, págs. 641 y ss., pág. 655, niegan la naturaleza revocatoria de estas acciones por considerar que no concurren los requisitos del art. 1111 C.C.

acreedores.

El segundo tema que nos plantean estas acciones es el de la coordinación de los plazos para el ejercicio de las mismas con el periodo de retroacción. Según la letra de los artículos citados, los plazos se cuentan a partir de la fecha de la declaración de la quiebra. Esto significa que si el plazo fijado expresamente por el Código para casos concretos es más amplio que el señalado por el juez, entrará en juego el plazo fijado en el Código; pero en el caso contrario, parece que el plazo fijado por el Código carece de finalidad puesto que está comprendido en el fijado por el juez y confundido con él. La contradicción se salva, tal y como lo ha hecho el Tribunal Supremo⁵⁴, corrigiendo el tenor literal de los preceptos y entendiendo que cuando el Código habla de días o meses o años anteriores a la quiebra, hay que entender anteriores a la fecha a que se retrotraigan los efectos de la quiebra. Así pues, los plazos del art. 878 han de contarse desde la fecha de la retroacción en adelante, y los de los artículos siguientes hacia atrás.

Por último, se cuestiona si, habida cuenta de las diferencias señaladas por la doctrina entre la pauliana y la revocatoria concursal⁵⁵, cabe ejercitar la acción

⁵⁴ Pueden verse las sentencias de 17 de febrero de 1909, 7 de marzo de 1931, 16 de febrero de 1933, 17 de mayo de 1955 y 27 de febrero de 1965, así como la Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 5 de abril de 1976 (en *RGD*, 1977, págs. 99-100).

⁵⁵ Para RAMIREZ LOPEZ, *Derecho concursal...*, II, cit., págs. 307-311, se distinguen: a) Por los sujetos legitimados activamente para el ejercicio de una u otra acción, pues en tanto la pauliana puede ser ejercitada por cualquier acreedor perjudicado en su crédito, la revocatoria concursal, en cambio, sólo puede serlo por el representante de la masa; b) Por sus diferentes presupuestos, pues la pauliana tiene su elemento constitutivo en el perjuicio consciente causado por el deudor en el crédito de su acreedor, mientras que la revocatoria concursal lo tiene en el estado de insolvencia; c) Por su carácter, pues según el art. 1111 C.C., la pauliana es una acción subsidiaria (lo que ratifica el art. 1294 del mismo Código), en tanto que la revocatoria concursal es principal.

A su vez, SOTILLO NAVARRO, "El principio pauliano en la retroacción", en *RGD*, 1964, págs. 551-557, págs. 553-554, considera que la revocatoria concursal se distingue de la pauliana, en que ésta protege al acreedor que la ejercita, mientras que la concursal defiende la masa patrimonial de la quiebra. La civil se basa en el *consilium fraudis*, la concursal en la disminución del patrimonio del deudor; en aquélla sólo se persiguen hechos fraudulentos, en la concursal se afectan actos que pueden no serlo.

Por su parte, SAGRERA TIZON, *Comentarios a la Ley de suspensión de*

revocatoria ordinaria una vez declarada la quiebra. Los autores que se han planteado el tema responden en general afirmativamente⁵⁶. Sin embargo, recientemente se ha puesto en tela de juicio la posible vigencia de la revocatoria ordinaria en el seno de un procedimiento concursal⁵⁷.

En cuanto a los efectos y fines de las acciones revocatorias, tanto la pauliana como la concursal, la doctrina coincide en que son acciones **restitutorias**, encaminadas a privar de eficacia a ciertos actos patrimoniales realizados por el deudor y a hacer que vuelvan a su patrimonio los bienes que indebidamente salieron de él⁵⁸.

Ahora bien, los efectos genéricos que se han señalado deben concretarse en un triple plano: relaciones entre la masa y el tercero adquirente; entre el tercero y el deudor; y las posibles relaciones con los subadquirentes. Sintéticamente, dichas relaciones quedarían así:

Entre la masa y el tercero: 1º) Las cosas objeto de los contratos afectados por

pagos, 2ª. ed., Barcelona, 1989, IV, pág. 604, añade otra nota diferenciadora: la pauliana beneficia únicamente al acreedor que la ejercita, en tanto la revocatoria concursal beneficia a la masa, con lo cual si bien pretende proteger a los acreedores burlados, ello se hace protegiendo y restableciendo en la medida necesaria el principio de la *par conditio creditorum*, alterado por la acción del deudor.

⁵⁶ VICENTE Y GELLA, *Curso...*, II, cit., pág. 356, quien, no obstante, parte de la falta de identidad entre la acción pauliana y las revocatorias concursales; RAMIREZ LOPEZ, *Derecho concursal...*, II, cit., págs. 315-316; OLIVA SANTOS y CUESTA RUTE, "Algunas orientaciones...", cit., pág. 655, los cuales se cuestionan el posible ejercicio de la pauliana ordinaria por los acreedores *uti singuli*, y ROJO FERNANDEZ-RIO, "Introducción...", cit., pág. 90.

⁵⁷ MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., págs. 90-92, quien considera que "no cabe el ejercicio de la revocatoria ordinaria contemporáneamente al de los mecanismos ex arts. 879 a 882 C. com., ya que posee carácter subsidiario (art. 1294 C.C.), por lo que allí donde la Ley prevé unos concretos medios jurídicos en orden a la recuperación de bienes y derechos no halla aplicación; no cabe su ejercicio en el periodo que media entre los dos años anteriores a la apertura del procedimiento concursal, o a la fecha de retroacción, y los cuatro años anteriores a tal fecha, pues sería paradójico que para conseguir la ineficacia de los negocios realizados en dicho lapso de tiempo se exigiera una prueba más débil que la precisada para la aplicación de uno de los concretos mecanismos de reintegración (el del art. 882 C. Com.)".

⁵⁸ Véase, por todos, RAMIREZ LOPEZ, *Derecho concursal...*, II, cit., pág. 323.

las acciones revocatorias vuelven a la masa *in natura*, en los supuestos de los arts. 878 y 880 del C. com., a tenor de los artículos 1044 del Código del 29 y 1375 LEC, o su equivalencia en dinero, en los demás casos de haber pasado los bienes del poder del tercero al de un subadquirente, según lo dispuesto en los artículos 1124, 1295 y 1303 del Código Civil. 2º) Las cosas se devuelven con sus frutos, prescindiendo de la buena o mala fe de terceros, y, en su caso, con abono de los intereses, a tenor de los mismos artículos 1124, 1295 y 1303 del Código Civil. 3º) Los gastos necesarios o útiles se abonan al tercero de buena fe, según previene el art. 453 C.C., y al de mala fe sólo los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa, a tenor del art. 455 C.C. 4º) Sólo el tercero de buena fe tendrá derecho a participar en la quiebra como uno de tantos acreedores, por el importe que hubiera satisfecho al quebrado en virtud del contrato revocado, a la vista de los artículos 1295 y 1303 C.C. en relación con los arts. 1298 y 1306 del propio Código y 893 y 894 del de Comercio.

Entre el tercero y el deudor: La construcción de este punto corresponde a Ramírez Lopez⁵⁹, quien a la vista de los arts. 1295, 1298, 1395 y 1306 C.C. establece las siguientes reglas: 1º) Cuando el hecho determinante de la revocación entrañe delito o causa torpe imputable al deudor y al tercero, ninguno de ellos tendrá acción contra el otro. La revocación dejará pues, sin efecto, las relaciones entre ambas partes. 2º) Cuando el delito o causa torpe sólo sea imputable al deudor, el tercero conservará en su contra las oportunas acciones para reclamarle lo que le hubiese dado. 3º) Cuando sólo sea imputable al tercero, no tendrá acción alguna contra el deudor, ni para reclamarle lo que le hubiese dado, ni para exigirle el cumplimiento de lo que le hubiese ofrecido.

Relaciones con el subadquirente: El mismo Ramírez Lopez⁶⁰ revisa nuestro ordenamiento, a la vista del art. 1124 C.C., que dispone que la acción resolutoria se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los arts. 1295 y 1298 C.C. y 37 de la Ley Hipotecaria. Según el art. 1295 C.C. no procede la rescisión cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de

⁵⁹ *Derecho concursal...*, II, cit., pág. 335, quien se lamenta de que este tema no haya sido abordado por los autores patrios.

⁶⁰ *Derecho concursal...*, II, cit., págs. 339-340.

terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, pues en ese caso, puede reclamarse la indemnización del perjuicio al causante de la lesión. El art. 1298 C.C. establece que el que hubiera adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores deberá indemnizar a éstos los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuese imposible devolverlas. Y según el art. 37 LH, las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra el tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a la propia Ley, exceptuándose: Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro, y las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores que perjudicarán a tercero: a) Cuando haya adquirido a título gratuito; b) Cuando habiendo adquirido a título oneroso haya sido cómplice en el fraude. Sobre esta base, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶¹, sienta las siguientes reglas: 1ª) Las acciones revocatorias afectan a los subadquirentes, en los mismos términos que a los adquirentes, si hubiesen adquirido a título gratuito, o cuando cuando hayan obrado de mala fe aunque sea a título oneroso. 2ª) En todos los restantes casos los subadquirentes quedan sustraídos a los efectos de la revocación, sin perjuicio de la obligación de indemnizar correspondiente al causante de la cesión. 3ª) Cuando la revocación afecta al subadquirente queda expedito su derecho contra quien le hizo la transmisión.

3.2.2.2.– Negocios a los que afectan

Como se ha indicado, los supuestos concretos a los que afectan estas acciones revocatorias están recogidos en los arts. 879 a 882 C. com. La doctrina⁶² y la jurisprudencia⁶³ hacen una distinción atendiendo al carácter de las presunciones: en unos casos hay una presunción total y absoluta en cuanto a los requisitos o presupuestos de la revocatoria (arts. 879 y 880); en otros, la presunción es absoluta en cuanto al perjuicio y la relación de causalidad, pero relativa en cuanto al presupuesto subjetivo (arts., 881 y 882). Sin embargo, a los efectos de ver los casos concretos en

⁶¹ Sentencias de 25 de octubre de 1895, 28 de noviembre de 1899, 26 de junio de 1901, 17 de febrero de 1909, 14 de junio de 1911 y 25 de enero de 1913.

⁶² Véase, por todos, GARRIGUES, *Curso...*, II, cit., págs. 432-433.

⁶³ Cfr. las sentencias de 5 de abril de 1933 y de 25 de mayo de 1944.

los que puede interferir el Derecho de familia, vamos a proceder a su exposición atendiendo a las tres clases de negocios que se ven afectados por estas acciones: pagos anticipados, negocios a título gratuito y negocios a título oneroso⁶⁴.

3.2.2.2.1.- Pagos anticipados (arts. 879 y 880-3º)

"Las cantidades que el quebrado hubiere satisfecho en dinero, efectos o valores de crédito en los quince días precedentes a la declaración de quiebra, por deudas y obligaciones directas cuyo vencimiento fuese posterior a ésta, se devolverán a la masa por quienes las percibieron. El descuento de sus propios efectos, hecho por el comerciante dentro del mismo plazo, se considerará como pago anticipado" (art. 879 C. com.); "Se reputarán fraudulentos y serán ineficaces respecto a los acreedores del quebrado los contratos celebrados por éste en los 30 días precedentes a su quiebra, si pertenecen a alguna de las clases siguientes (...) 3º: concesiones y traspasos de bienes inmuebles en pago de deudas no vencidas al tiempo de declararse la quiebra" (art. 880 C. com.).

Pagos anticipados son los que se realizan con vistas a la extinción de una obligación cuyo vencimiento es posterior a la fecha de retroacción. No se incluyen en este grupo los pagos por deudas no vencidas al tiempo de su extinción, pero sí con anterioridad a la fecha de retroacción, pues caen bajo la esfera de acción del art. 882 C. com.

El Código distingue dos supuestos: de una parte los pagos por medios normales (art. 879 C. com.) y, de otra, los pagos por medios anormales, que reciben un trato más duro en cuanto que son rescindibles aun efectuados en fecha anterior. Entre las formas de pago contempladas en el art. 880-3º C. com. hay que considerar incluidas no sólo las transmisiones de bienes inmuebles, sino también las de bienes muebles dada la gran importancia que dichos bienes tienen en la actualidad. También se incluye por la doctrina la cesión de créditos como medio anormal de pago⁶⁵.

⁶⁴ Sigo, en este punto, la clasificación de MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., pág. 50.

⁶⁵ MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., pág. 51.

El Código presume, *iuris et de iure*, la concurrencia del perjuicio y del fraude. Por tanto al síndico le basta con probar el hecho del pago, o del descuento, en los plazos determinados.

La revocación se concreta en la devolución a la masa del dinero percibido por la contraparte del deudor, quien, sin embargo, pierde el derecho a insinuarse en la quiebra por el nominal del crédito. El procedimiento para lograr esa devolución está previsto en los artículos 1371 a 1374 LEC. Los síndicos han de presentar la demanda acompañada de la prueba documental que acredite que se ha hecho el pago en el periodo sospechoso de 15 días, y que la obligación no vencía hasta después de la declaración de quiebra (o de la fecha de retroacción) (art. 1371 LEC). De la pretensión de los síndicos se da traslado al demandado para que la conteste en el plazo de 3 días (art. 1372 LEC). Si no la contesta, o no presenta pruebas que desvanezcan la pretensión de los síndicos, se le condenará a la devolución (art. 1373 LEC.). Por el contrario, si el juez halla mérito para recibir el incidente a prueba, lo acuerda por el término improrrogable de ocho días; cumplido el plazo, se falla este incidente por los trámites establecidos en los arts. 755 a 758 LEC –de los incidentes– (art. 1374 LEC). En cuanto a la reintegración de los bienes a que hace referencia el art. 880–3º C. com. se procederá por los trámites del interdicto de recobrar, tal y como establece el art. 1375 LEC.

La interferencia del Derecho de familia en este supuesto no se produce tanto por el hecho del pago anticipado, como por los instrumentos de pago a que se refiere el art. 879 C. com.

Se acepte o no que el comerciante casado en régimen de gananciales pueda ejercer, en el ámbito de su actuación empresarial, las facultades previstas en el art. 1384 C.C.⁶⁶, lo cierto es que nada obsta a que el comerciante disponga del dinero o de los títulos valores que figuren a su nombre o que se encuentren en su poder.

Así pues, en el caso de que el régimen matrimonial sea el de gananciales, y con independencia del carácter ganancial o privativo de la empresa, puede suceder que se

⁶⁶ Véase supra capítulo VIII, apdo. VI, 2.1.

realice el pago anticipado –en virtud del art.1384 C.C.– con bienes privativos del no comerciante o con los que el Código de comercio llama "demás bienes comunes", es decir, los gananciales que no proceden de las resultas del comercio. Si el pago se ve afectado por lo dispuesto en el art. 879 C. com., el tercero que ha recibido el pago debe devolver esa cantidad a la masa. Ahora bien, dado que el comerciante ha pagado x al tercero y que, como consecuencia del principio de equilibrio que rige las relaciones entre las masas patrimoniales (art. 1358 C.C.), debe reembolsar x , bien a su consorte bien a la sociedad de gananciales, resulta que el comerciante desembolsa $2x$ (x para el tercero y x para el patrimonio acreedor) y la masa de la quiebra sólo percibe x , con lo que resulta que la sanción de un pago anticipado lleva a una disminución del patrimonio del deudor. Esa disminución puede verse atenuada cuando los empleados sean "los demás bienes comunes", pues la mitad de la cantidad desembolsada puede revertir al patrimonio del comerciante al hacerse efectiva la liquidación de la sociedad. Por el contrario, si los bienes eran privativos de su consorte ni siquiera se produce la reversión de esa mitad.

En cuanto al supuesto de pagos anticipados mediante concesión o traspasos de bienes inmuebles, el Código civil sólo contiene una previsión referida al supuesto de que uno de los cónyuges devenga administrador del consorcio, ya por ministerio de la ley (art. 1387), ya por resolución judicial (art. 1388); aunque legitimado para los actos de administración y disposición, cuando los actos dispositivos recaigan sobre inmuebles será necesaria la autorización judicial. Sin ésta el acto será nulo si gratuito, anulable si oneroso. No obstante esta falta de previsión legal, serán de aplicación los arts.1391 y 1390 C.C. que sancionan la actuación del comerciante en fraude de los derechos de su cónyuge, llegándose al mismo resultado que en el supuesto anterior.

Si el régimen económico del matrimonio es el de participación en las ganancias, la única defensa que le queda al cónyuge no comerciante es impugnar los actos realizados en fraude de sus derechos a tenor del art. 1433 C.C. Facultad, por otra parte, que sólo puede ser ejercida cuando se haya solicitado la disolución del régimen por la vía del art. 1393–1º C.C. y no existan bienes suficientes para hacer efectivo el pago del crédito de participación, tal y como previene el mencionado art. 1433 C.C.

3.2.2.2.2.- A título gratuito y asimilados (arts. 880-1º, 2º, 4º y 5º; 881-2º, 3º y 4º)

Negocios a título gratuito son los celebrados sin que medie contraprestación por parte del favorecido por la prestación del deudor quebrado. Al igual que en el grupo anterior, el trato dispensado a estos negocios no es unitario. Cabe distinguir: donaciones, hipotecas convencionales, constituciones de dote y reconocimientos de deuda.

Donaciones: La donación, negocio gratuito por excelencia, recibe, a su vez, un doble trato. De un lado, las donaciones de inmuebles "se reputarán fraudulentas y serán ineficaces respecto a los acreedores del quebrado los contratos celebrados por éste en los treinta días precedentes a su quiebra, si pertenecen a alguna de las siguientes clases: 1ª. Transmisiones de bienes inmuebles hechas a título gratuito" (art. 880-1º C. com.). De otro, las donaciones inter vivos no remuneratorias "se reputarán fraudulentas: las donaciones entre vivos que no tengan conocidamente el carácter de remuneratorias, otorgadas después del balance anterior a la quiebra, si de éste resultare un pasivo superior al activo del quebrado (art. 880-5º C. com.).

En ambos casos se presume, *iuris et de iure*, el perjuicio y el fraude. En consecuencia, el síndico sólo deberá probar la efectiva realización de la donación y la fecha de perfeccionamiento de la misma. La reintegración de lo donado se tramita por la vía del interdicto de recobrar, según dispone el artículo 1375 LEC.

Para no privar de contenido a los números 1 y 5 del art. 880 C. com., se estima que las donaciones inter vivos no remuneratorias deben tener la consideración de donaciones de bienes muebles⁶⁷. De aceptarse esta precisión, si se distingue entre donaciones de bienes muebles e inmuebles, el cómputo del plazo de 30 días será distinto. En caso de donaciones de bienes inmuebles habrá que estar a la fecha de otorgamiento de la escritura pública en que se contenga la aceptación (art. 633-2º y 3º C.C.)⁶⁸. En caso de donaciones de bienes muebles, la fecha a tener en cuenta será

⁶⁷ MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., pág. 53.

⁶⁸ "La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra

la de la entrega de la cosa donada o la aceptación escrita de la donación (art. 632-2º C.C.)⁶⁹.

También podrán impugnarse las transmisiones gratuitas de bienes gananciales realizadas en el mes anterior a la declaración de quiebra (o de la fecha de retroacción) según establece el art. 881-2º, inciso final, C.Com.). En este caso se presume *iuris et de iure* el elemento objetivo, pero el fraude se presume *iuris tantum*. Por tanto los síndicos deberán probar no sólo la transmisión, sino también el ánimo defraudatorio del quebrado. La impugnación debe sustanciarse, según preceptúa el art. 1377 LEC, en el juicio declarativo que corresponda a su cuantía.

La diferencia de trato que el Código establece entre las donaciones del art. 880-1º y 5º, y las liberalidades del art. 881-2, dada la identidad de plazo, parece que debe buscarse en la naturaleza de los bienes de los que se dispone con relación a la sociedad conyugal. Así, el art. 880 C. com. se refiere a las disposiciones gratuitas de bienes privativos y gananciales que respondan de las resultas del comercio, y el art. 881 C. com. se refiere a las de los demás bienes gananciales. La diferencia se justificaría por la necesidad de que en este último caso intervenga el otro cónyuge para la validez de la transmisión (siempre y cuando se pueda probar que la transmisión excede de las liberalidades de uso que cada uno de los cónyuges puede realizar sin necesidad de recabar el consentimiento del otro).

Hipotecas convencionales: Pueden considerarse como negocios a título gratuito cuando no responden a un efectivo sacrificio de quien, como consecuencia del negocio de constitución, se convierte en acreedor hipotecario. Por tanto "se reputarán, fraudulentas y serán ineficaces(...): Hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior que no tuvieran esta calidad, o por préstamos de dinero o mercaderías cuya entrega no se verificase de presente al tiempo de otorgarse la obligación ante el

separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante. Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras".

⁶⁹ "La donación de cosa mueble (...) La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma la forma de aceptación".

notario y testigos que intervinieran en ella" (art. 880-4º C. com.). Para el cómputo del plazo de 30 días anteriores a la declaración de quiebra, o a la retroacción, el momento clave será el de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, o en cualquier otro Registro en el que fuese necesario practicar la inscripción, cuando se trate de otro tipo de hipoteca.

Al presumirse *iuris et de iure* el perjuicio y el fraude, los síndicos sólo deberán probar la celebración del negocio, la fecha del mismo y la anterioridad de la deuda garantizada. El procedimiento para lograr la reintegración será el interdicto de recobrar (art. 1375 LEC). Sin embargo, un sector de la doctrina procesalista considera que el interdicto de recobrar es imposible de aplicar a las hipotecas convencionales del art. 880-4º C. com. En tales supuestos habrá que acudir al juicio ordinario, que es el adecuado para obtener la declaración de que el derecho de hipoteca se ha extinguido y su subsiguiente cancelación⁷⁰.

Constituciones de dote: Es un negocio que mereció gran atención por parte del legislador de 1885, siendo su regulación bastante prolija: "Se reputarán fraudulentas y serán ineficaces respecto a los acreedores del quebrado las constituciones dotales hechas de bienes privativos suyos a sus hijas" (art. 880-3º C. com.); "podrán anularse a instancia de los acreedores, mediante prueba de haber el quebrado procedido con ánimo de defraudarlos en sus derechos: las constituciones dotales hechas en el mes precedente a la quiebra, de bienes de la sociedad conyugal en favor de sus hijas (...); las constituciones dotales, hechas por un cónyuge comerciante a favor del otro cónyuge en los seis meses precedentes a la quiebra, siempre que no sean bienes inmuebles del aboengo de éste, o adquiridos o poseídos de antemano por el cónyuge en cuyo favor se hubiere hecho el reconocimiento de dote" (art. 881-2º y 3º C. com.).

En el caso del art. 880 C. com., al presumirse *iuris et de iure* el perjuicio y el fraude, los síndicos sólo deberán probar la constitución de la dote y la fecha de la misma; para la reintegración se procederá por la vía del interdicto de recobrar (art.

⁷⁰ HERCE QUEMADA, en GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, II, Madrid, 1969, pág. 351.

1375 LEC). En los casos del art. 881 C. com. se presume el elemento objetivo, pero deberán probarse el ánimo defraudatorio del deudor y la existencia del negocio; la devolución a la masa se efectuará a través del declarativo correspondiente a su cuantía (art. 1377 LEC).

La doctrina mercantilista que se ha ocupado del tema considera que, tras la abolición de la dote (Ley 11/1981, de 13 de mayo), estos preceptos carecen en absoluto de aplicación⁷¹. A nuestro juicio, ésta es una afirmación excesivamente categórica pues, aunque efectivamente ha sido suprimida la regulación de la dote⁷², hay que atender a los posibles casos de derecho transitorio y nada obsta a que los futuros cónyuges en las capitulaciones matrimoniales o los terceros, dentro o fuera de las capitulaciones, y antes o después de celebrado el matrimonio, confieran a una liberalidad individualizada carácter dotal.

Reconocimientos de deuda: "Podrán anularse a instancia de los acreedores, mediante la prueba de haber el quebrado procedido con ánimo de defraudarlos en sus derechos: Toda confesión de recibo de dinero o de efectos a título de préstamo que, hecha seis meses antes de la quiebra en escritura pública, no se acredite por la fe de entrega del notario o si, habiéndose hecho en documento privado, no constare uniformemente de los libros de los contratantes." (art. 881-4º C. com).

Su equiparación con los negocios a título gratuito es posible al ser rescindibles cuando concurren circunstancias tales que de las mismas se infiere el carácter ficticio de dichas operaciones.

La fecha determinante, en lo que al reconocimiento se refiere, será la que figure, bien en la escritura pública, bien en el documento privado. Al haber sólo una presunción relativa al fraude, los síndicos deberán probar la realización del negocio,

⁷¹ MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., pág.55.

⁷² La supresión no ha sido absoluta, de hecho algunas de sus técnicas han permanecido en los textos legales. Este es el caso del art. 1324 C.C. que acoge, aunque obviamente con matices diferenciadores, la técnica de la dote confesada para resolver el tema de las relaciones entre masas patrimoniales en lo que a la constancia o prueba de la pertenencia de los bienes se refiere. Véase supra capítulo VII, apdo. II, 5.

la fecha del mismo, el daño ocasionado y el haber procedido el quebrado con ánimo de defraudar a sus acreedores. La impugnación se efectuará por la vía del declarativo que corresponda a su cuantía (art. 1377 LEC).

Con independencia de la precisión hecha respecto a las constituciones de dote, la totalidad de los negocios a título gratuito y asimilados –siempre en el supuesto del régimen de gananciales– se va a ver afectada por la normativa del Còdigo civil. Dado que los actos de disposición a título gratuito, siempre que falta el consentimiento de uno de los cónyuges, son nulos por ministerio de la ley (art. 1378 C.C.), resulta que la aplicación de los preceptos reguladores de la sociedad de gananciales hace inútil la normativa del Código de comercio.

La situación varía radicalmente cuando el cónyuge deudor ha recabado el consentimiento de su consorte y cuando las partes contratantes –en virtud de la libertad de contratación establecida en el art. 1323 C.C.⁷³– son los propios esposos. Actuando ambos de consuno, no faltará en ningún momento el doble consentimiento requerido para la disposición a título gratuito de los bienes gananciales, y, por tanto, el contrato no será nulo en virtud de los arts. 1378 y 1322 C.C., siendo plenamente aplicables las revocatorias concursales.

3.2.2.2.3.– A título oneroso (art. 881-1º y 5º)

"Podrán anularse a instancia de los acreedores, mediante la prueba de haber el quebrado procedido con ánimo de defraudarlos en sus derechos: Las enajenaciones a título oneroso de bienes raíces, hechas en el mes precedente a la declaración de quiebra (...) Todos los contratos, obligaciones y operaciones mercantiles del quebrado que no sean anteriores en diez días, a lo menos, a la declaración de quiebra".

Habida cuenta de las variaciones que se han producido en la concepción de la economía, la correcta interpretación del nº 1 del art. 881 exige entender incluidas las transmisiones de bienes muebles. Por otra parte, y según apunta la doctrina⁷⁴, parece

⁷³ Véase supra capítulo VII, apdo. IV.

⁷⁴ MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., pág. 57.

que debiera hacerse abstracción del adjetivo "mercantiles" que figura en el texto del nº 5 e incluir todos los negocios civiles a través de los cuales el empresario ha podido distraer bienes de su patrimonio.

En relación con estos negocios se presume que quien contrató con el deudor participaba en el fraude o, por lo menos, conocía el perjuicio para los acreedores que se derivaba del acto, pero los síndicos deberán probar el ánimo defraudatorio del deudor y la existencia del negocio⁷⁵. Las demandas de revocación de los negocios a título oneroso deberán sustanciarse en el juicio declarativo que corresponda a su cuantía (art. 1377 LEC).

A tenor de los arts. 1322-1 y 1301, *in fine*, del Código civil, los actos a título oneroso realizados por un esposo sin el consentimiento del otro, y sin la autorización judicial supletoria, son anulables. Ahora bien, mientras el cónyuge que no prestó su consentimiento no inicie la acción de impugnación, o no confirme el acto expresa o tácitamente, aunque para él el acto sea inexistente⁷⁶, frente a terceros el acto es válido y por tanto le es plenamente aplicable la normativa del Código de comercio.

A diferencia de lo que sucede en los ordenamientos alemán⁷⁷ e italiano⁷⁸, que regulan con particular rigor los negocios entre cónyuges, el hecho de que, en virtud del principio de libre contratación establecido por el art. 1323 C.C., las partes contratantes sean los propios cónyuges no plantea ninguna incidencia. Los posibles trasvases entre las distintas masas patrimoniales –siempre que el cónyuge disponente lo sea el quebrado– entran en el radio de acción de la normativa del Código de comercio.

⁷⁵ Cfr. sentencias de 24 de noviembre de 1890 y 29 de mayo de 1956.

⁷⁶ LACRUZ-(SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 463.

⁷⁷ Cfr. art. 31-II KO.

⁷⁸ Cfr. art. 69 LF.

3.2.2.3.– La cláusula de cierre del art. 882

"Podrán revocarse a instancia de los acreedores toda donación o contrato celebrado en los dos años anteriores a la quiebra, si llegare a probarse cualquier especie de suposición o simulación hecha en fraude de aquéllos".

La mayoría de la doctrina⁷⁹ considera que el artículo 882 es superfluo, ya que no hace más que aplicar la revocatoria ordinaria (con las matizaciones ya expuestas)⁸⁰. Sin embargo, otros autores⁸¹ entienden que no se contempla el supuesto de la pauliana ordinaria, pues, además del fraude, se exige simulación (lo que la agrava) y, por otra parte, limita el plazo de caducidad a 2 años por lo que se refiere a la retroacción (lo que la suaviza).

Una reciente aportación doctrinal⁸² estima que el art. 882 es una cláusula de cierre que permite a los síndicos promover la acción revocatoria no sólo contra todas las donaciones celebradas en los dos años anteriores a la quiebra, sino contra todos los negocios a título gratuito. La acción sólo se dirigirá contra aquellos negocios que no resulten afectados por las disposiciones de los arts. 880 y 881 C. com., en cuanto escapen al ámbito objetivo o a la extensión temporal de los mismos. Se dice que la prueba de la concurrencia de una simulación y de un fraude exigida por el Tribunal Supremo con respecto a los actos a título oneroso⁸³, no puede tener lugar en el caso de negocios a título gratuito, pues se llegaría al absurdo de encubrir un negocio gratuito con otro de cualquier clase, cuando son, precisamente, los negocios a título gratuito los más severamente contemplados en los arts. 879 a 882. Por tanto, debería bastar con la mera prueba del fraude.

⁷⁹ GARRIGUES, *Curso...*, II, cit., pág. 434; RAMIREZ LOPEZ, *Derecho concursal...*, II, cit., pág. 451 y URÍA, *Derecho Mercantil*, cit., pág. 915.

⁸⁰ Véase supra, nota 55.

⁸¹ GIRON TENA, apuntes tomados en clase; ROJO FERNANDEZ-RIO, "Introducción...", cit., págs. 90-91.

⁸² MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., pág. 56.

⁸³ Cfr. Sentencias de 8 de julio de 1912, 10 de julio de 1913 y 10 de marzo de 1944.

3.3.- La reducción de la masa

Una vez completada la fase de reintegración del patrimonio responsable, hay que proceder a extraer del mismo aquellos bienes que no deben figurar en él, para así dar certidumbre a los bienes que forman el activo liquidable.

Esta disminución de la masa activa puede producirse por tres vías, cada una de ellas con un fundamento diferente : a) *separatio ex iure dominii*; b) *separatio ex iure crediti*, y c) deudas de la masa.

No obstante su mención, y como ya habíamos indicado, vamos a prescindir de la *separatio ex iure crediti* y de las deudas de la masa para centrarnos en la *separatio ex iure dominii*, por ser éste el punto en el que se produce la interconexión y la interferencia del Derecho patrimonial de la familia.

3.3.1.- *Separatio ex iure dominii*

Como es sabido, una vez que el juez dicta el auto declarativo de la quiebra y nombrado en él el comisario, el quebrado es automáticamente desposeído de todos sus bienes, cuya ocupación ordena el juez. Sin embargo no todos los bienes ocupados deben ejecutarse en la quiebra. Tal es el caso de los bienes que son de ajena pertenencia, que, por el hecho de serlo, deben ponerse a disposición de sus legítimos dueños.

Los mecanismos técnicos para proceder a la separación de esos bienes indebidamente ocupados los encontramos en los arts. 908 y 909 del C. com. A la vista de dichos preceptos⁸⁴ se puede concluir, como lo ha hecho la doctrina que más ha

⁸⁴ **Art. 908:** "Las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en Junta de acreedores o en sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquélla, siempre que cumplieren las obligaciones anejas a los mismos". **Art. 909:** "Se considerarán comprendidos en el precepto del artículo anterior para los efectos señalados en él: 1º Los bienes dotales inestimados y los estimados que se conservaren

estudiado el tema, que en nuestro Derecho no existe una regulación de la reivindicación en sentido técnico, sino un precepto general que permite la inserción en la quiebra de una serie de acciones de separación, cuya nota común es la exigencia de la devolución de un bien o de su separación de la masa por no pertenecer al quebrado⁸⁵, y que es aplicable a cuantos bienes muebles e inmuebles se encuentren en

en poder del marido, si constare su recibo por escritura pública inscrita con arreglo a los artículos 21 y 27 de este Código. 2º Los bienes parafernales que la mujer hubiere adquirido por título de herencia, legado o donación, bien se hayan conservado en la forma en que los recibió, bien se hayan subrogado o invertido en otros, con tal que la inversión o subrogación se haya inscrito en el Registro Mercantil conforme a lo dispuesto en los artículos citados en el número anterior. 3º Los bienes y efectos que el quebrado tuviere en depósito, administración, arrendamiento, alquiler o usufructo. 4º Las mercaderías que el quebrado tuviere en su poder por comisión de compra, venta, tránsito o entrega. 5º Las letras de cambio o pagarés que, sin endoso o expresión que transmitiere su propiedad, se hubieren remitido para su cobranza al quebrado, y las que hubiere adquirido por cuenta de otro, libradas o endosadas directamente en favor del comitente. 6º Los caudales remitidos fuera de cuenta corriente al quebrado, y que éste tuviera en su poder, para entregar a persona determinada en nombre y por cuenta del comitente, o para satisfacer obligaciones que hubieran de cumplirse en el domicilio de aquél. 7º Las cantidades que estuvieren debiendo al quebrado por ventas hechas por cuenta ajena, y las letras o pagarés de igual procedencia que obraren en su poder, aunque no estuviesen extendidas en favor del dueño de las mercaderías vendidas, siempre que se pruebe que la obligación procede de ellas y que existían en poder del quebrado por cuenta del propietario para hacerlas efectivas y remitirle los fondos a su tiempo, lo cual se presumirá de derecho si la partida no estuviere pasada en cuenta corriente entre ambos. 8º Los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte, ínterin subsistan embalados en los almacenes del quebrado, o en los términos en que se hizo la entrega, y en estado de distinguirse específicamente por las marcas o números de los fardos o bultos. 9º Las mercaderías que el quebrado hubiere comprado al fiado, mientras no se le hubiere hecho entrega material de ellas en sus almacenes o paraje convenido para hacerla, y aquellas cuyo conocimientos o cartas de porte se le hubieren remitido, después de cargadas, de orden y por cuenta y riesgo del comprador. En los casos de este número y del 8º, los Síndicos podrán detener los géneros comprados o reclamados para la masa, pagando su precio al vendedor".

⁸⁵ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, *La separación de bienes en la quiebra*, Méjico, 1951, pág. 29. En contra, BONELLI, *Del fallimento*, II, Milano, 1923, pág. 535, nota 1, para quien el ordenamiento español se caracteriza por la sumisión de todas las reivindicaciones a un procedimiento especial en la quiebra.

La nota de la pertenencia ajena se mantiene en el ALC, cuyo art. 266 se manifiesta en este mismo sentido: "Sólo podrán separarse de la masa activa los bienes y derechos que estando en poder del deudor no le correspondan por título legal e irrevocable". Por lo demás, el ALC es parco en indicaciones. Únicamente hace referencia al supuesto de que el deudor tenga bienes o derechos de titularidad ajena en virtud de una relación de la que resulte a su favor un derecho de contenido económico que pueda ser realizado en beneficio de la masa (art. 267), estableciendo a

esa situación, aun cuando no estén comprendidos en los supuestos previstos por el art. 909⁸⁶.

El ejercicio de este derecho de separación puede llevarse a cabo, bien mediante la reivindicatoria ordinaria, bien a través de la específica reivindicatoria concursal.

La doctrina coincide en admitir el ejercicio de la acción reivindicatoria ordinaria en el seno de un procedimiento concursal, aunque con argumentaciones diferentes. Para unos, la admisibilidad se sustenta en el art. 908 C. com., que habla de poner a disposición de sus "legítimos dueños"⁸⁷; para otros, la posibilidad de su ejercicio se fundamenta en el hecho de que la declaración de quiebra no impide ni paraliza su ejercicio, por lo que, aun sin el art. 908 C. com., podría ejercitarse la reivindicatoria ordinaria⁸⁸.

Así pues, la acción reivindicatoria ordinaria puede entablarse por todo propietario o dueño de una cosa que se halle en poder del quebrado. En cuanto a los requisitos de esta acción, una reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo, que por lo mismo no precisa cita, tiene sentado que la acción reivindicatoria no puede prosperar sin que se acrediten el dominio de lo reivindicado, su determinación o identificación y la posesión o tenencia por parte de aquél a quien se reclama.

Por contraposición, y dado el aligeramiento o simplificación de éstas respecto de la reivindicatoria ordinaria, las acciones recogidas en el art. 909 C. com. reciben la calificación de reivindicatorias especiales.

continuación un derecho de opción para el titular de bienes o derechos susceptibles de separación enajenados por el deudor antes de la declaración judicial de concurso.

⁸⁶ En este sentido, VICENTE Y GELLA, *Curso...*, II, cit., pág. 381, RAMIREZ LOPEZ, *Derecho concursal...*, II, cit., pág. 631, y RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, *La separación...*, cit., pág. 29. En contra, OMAR Y GELPI, "El procedimiento reivindicatorio en las quiebras", en *RDP*, 1945, pags. 89 y ss., pág. 90.

⁸⁷ GARRIGUES, *Curso...*, II, cit., pág. 437, y RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, *La separación...*, cit., pág. 35.

⁸⁸ RAMIREZ LOPEZ, *Derecho concursal...*, II, cit., pág. 630, y VICENTE Y GELLA, *Curso...*, II, cit., pág. 381.

Esta simplificación se manifiesta tanto en el orden procesal como en el sustantivo. En el orden procesal, mientras la ordinaria se sigue por la vía del declarativo, la concursal se sustancia por el trámite de los incidentes cuando el derecho no ha sido reconocido en la llamada junta de reconocimiento de créditos (art. 1381 LEC). Pero donde son más importantes los aligeramientos es en el orden sustantivo: para que prospere la acción concursal no se requiere que el acreedor pruebe su propiedad sobre la cosa reivindicada; siempre se requiere la prueba de la posesión por el quebrado de la cosa reivindicada y, por último, no es necesaria la completa identificación de lo reclamado.

A estas notas diferenciadoras Garrigues⁸⁹ añade una cuarta, según la cual la reivindicatoria concursal es aplicable a derechos y créditos "respecto de los cuales es violento hablar de propiedad". Esta ampliación ha sido criticada por injustificada, pues en tales casos no se trata de verdadera reivindicación, sino de restitución o separación con base en relaciones jurídicas de carácter obligacional⁹⁰.

Al margen de los rasgos diferenciadores, y como notas características de las reivindicatorias concursales podemos señalar las siguientes: 1ª) la acción de separación se dirige contra cosas que o no pertenecen al quebrado ni a su masa activa, o la ley las considera de pertenencia ajena; 2ª) en la acción de exclusión se reclama, por el titular, un determinado objeto para disponer del mismo como dueño; 3ª) en la reivindicatoria se sustrae una partida al activo del quebrado, sin que su eliminación produzca contrapartida alguna en el pasivo.

3.3.1.1.- El derecho de separación del cónyuge *in bonis*

El funcionamiento del art. 909, párrafos 1 y 2 iba necesariamente unido a los arts. 21-9⁹¹ y 27⁹² del Código de comercio y 76-7⁹³ del Reglamento del Registro

⁸⁹ *Curso...*, II, cit., pág. 438.

⁹⁰ GIRON TENA, apuntes tomados en clase.

⁹¹ "En la hoja de inscripción de cada comerciante o sociedad se anotarán: las escrituras dotalas, las capitulaciones matrimoniales y los títulos que acrediten la propiedad de los parafernales de las mujeres de los comerciantes".

Mercantil. Ahora bien, la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma de determinados artículos de los Códigos civil y de comercio, modificó el párrafo 9 del art. 21 C. com., sustituyendo la mención específica "los títulos que acrediten la propiedad de los parafernales de las mujeres de los comerciantes" por otra, más amplia, referida a "los títulos que acrediten la propiedad de **los bienes del cónyuge del comerciante**".

Así las cosas, y puesto que la clave del funcionamiento del art. 909-1 y 2 estaba en la inscripción en el Registro Mercantil de los bienes que se pretendía separar de la masa de la quiebra⁹⁴, la consecuencia lógica debía ser la sujeción a inscripción de los bienes privativos del marido cuando la mujer ejerciese el comercio. El resultado práctico inmediato debía ser la aplicabilidad de los arts. 27 y 909-2 C. com. a los supuestos de quiebra de la mujer en los que el marido quisiera separar sus bienes privativos de la masa, pues aunque dichos preceptos seguían refiriéndose exclusivamente a la mujer, de no hacerse aplicación extensiva la norma resultaba inútil. Y puesto que dichos títulos de propiedad estaban incluidos en el catálogo del art. 21 C. com., debían sujetarse a lo dispuesto por el art. 26⁹⁵ C. com., aplicándose, por analogía, lo prevenido en los arts. 27-2 y 909-2 C. com.

Con la reforma del régimen económico matrimonial por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el párr. 1º del art. 909 perdió su significado al suprimirse el régimen dotal –

⁹² "Las escrituras dotalas y las referentes a los bienes parafernales de la mujer del comerciante, no inscritas en el Registro Mercantil, no tendrán derecho de prelación sobre los demás créditos.– Exceptuánse los bienes inmuebles y derechos reales inscritos a favor de la mujer en el Registro de la Propiedad con anterioridad al nacimiento de los créditos concurrentes".

⁹³ "En la hoja abierta a cada comerciante o empresario individual se inscribirán: los títulos o documentos públicos que acrediten la propiedad de los parafernales de las mujeres de los comerciantes".

⁹⁴ Sobre el funcionamiento del art. 909-1 y 2, con muy diferentes argumentaciones, véanse BROSETA PONT, "La Presunción Muciana y el derecho de quiebras: En torno a las repercusiones de la quiebra del marido sobre los bienes privativos de la mujer", 2ª parte, en *RDM*, 1961, págs. 77 y ss., *passim*, y CAMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1977, págs. 64-72 y 121-122.

⁹⁵ "Los documentos inscritos sólo producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros, anteriores o posteriores, no registrados".

quedando a salvo, no obstante, los posibles casos de derecho transitorio—El párr.2º. referido a los bienes parafernales (entendidos como privativos de ambos cónyuges) seguía teniendo vigencia, y sometido —sin más variaciones— al régimen de inscripción en el Registro Mercantil. Un último dato significativo de la reforma puede ser el que, al introducir como causa de disolución de la sociedad de gananciales la declaración en quiebra de uno de los cónyuges, echa por tierra la teoría de que el requisito de la inscripción en el Registro no tenía sentido si la reclamación se dirigía contra el cónyuge (y no se dirigía contra el marido porque la declaración en quiebra no disolvía la sociedad conyugal)⁹⁶, pues en cualquier caso, se disuelva o no la sociedad por la declaración en quiebra, el derecho de separación se ejerce contra la masa y no contra el cónyuge quebrado.

Un cambio sustancial se produce con la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de sociedades, cuyo art. 1 dió nueva redacción al Título II del Libro Primero del Código de Comercio que comprende los arts. 16 a 24 del C. com., refiriéndose el nuevo art. 22-1 a los empresarios individuales⁹⁷ : en la hoja abierta a cada empresario individual se inscribirán los datos identificativos del mismo, el consentimiento, la oposición y la revocación a que se refieren los artículos 6 a 10; las capitulaciones matrimoniales así como las sentencias firmes en materia de nulidad, de separación y de divorcio. Precepto cuyo contenido se reproduce en los arts. 90 y 92 del nuevo Reglamento del Registro Mercantil aprobado por el Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre.

Así pues, desaparecida toda referencia a los "títulos que acrediten la propiedad de los bienes de los cónyuges", no cabe más opción que entender que no es necesaria la inscripción de los bienes de los cónyuges en el Registro Mercantil a la hora de ejercitar el derecho de separación que confiere el párr. 2º del art. 909 C. com.⁹⁸,

⁹⁶ GARRIGUES, *Curso...*, II, cit., pág. 444.

⁹⁷ Sobre la voluntariedad de la inscripción del empresario individual y sobre el régimen de los comerciantes casados, véase supra capítulo VII, apdo. III, 4.

⁹⁸ El requisito de la inscripción había caído en desuso y, aun sin su cumplimiento, se hacía efectivo el derecho de separación de la mujer. Este requisito, por otra parte, había sido criticado (GIRON TENA, apuntes tomados en clase) por considerar que no

bastando a tal efecto que se pruebe la titularidad de los mismos por cualquier medio de prueba, lo que nos coloca en una posición equivalente a la de los ordenamientos francés⁹⁹ y alemán¹⁰⁰, que permiten a cada esposos reivindicar sus bienes propios, sin ningún tipo de limitaciones.

encajaba en el sistema registral español, pues la inscripción parecía tener carácter constitutivo, y en nuestro derecho esa inscripción únicamente producía efectos frente a terceros.

⁹⁹ Véase supra capítulo IV, apdo. C) II.4.

¹⁰⁰ Véase supra capítulo V, apdo. II. 4.2.

CAPITULO UNDECIMO

LA PRESUNCION MUCIANA

I. Origen y evolución	670
1. Derecho Romano	670
2. Derecho Común	672
3. La Codificación	674
3.1. Líneas generales de evolución	674
3.2. El Ordenamiento español en particular	675
II. La presunción del art. 1442 del Código civil: rasgos peculiares y naturaleza jurídica	681
III. Presupuestos	685
1. Existencia de un vínculo matrimonial	685
1.1. Existencia del matrimonio al tiempo de la adquisición	685
1.2. Consecuencias de la declaración de nulidad del matrimonio	688
1.3. Regímenes económico-matrimoniales en los que es aplicable	690
2. Declaración en quiebra o concurso de uno de los cónyuges	693
2.1. Un supuesto especial: Quiebra de ambos cónyuges	694
3. Adquisición realizada por el cónyuge <i>in bonis</i>	697
3.1. Adquisición con fondos propios	697
3.2. Adquisición con fondos del quebrado	697
3.2.1. Adquisición mediando apropiación indebida de fondos del quebrado	699
3.2.2. Adquisición mediando consentimiento del quebrado	700
3.3. Adquisición del propio cónyuge	703
4. Adquisición a título oneroso	705
4.1. Bienes objeto de la adquisición	705
4.2. Pago del precio	707
4.2.1. Pago no simultáneo a la adquisición	708
4.2.2. Pago parcial o aplazado: especial referencia a la compraventa con reserva de dominio	709
4.3. Impago	711
5. Plazo	712
IV. Efectos	714

	669
1. Planteamiento de una segunda vía interpretativa	714
1.1. Presunción de una donación del quebrado a su cónyuge	715
1.2. Presunción de que los medios empleados en la adquisición eran propiedad del quebrado	716
2. Aplicación de los mecanismos de reintegración de la masa	717
2.1. Durante el periodo de retroacción	719
2.2. Con anterioridad a dicho periodo	720
V. Enervación de la presunción	725
1. Separación judicial o de hecho de los cónyuges	726
2. Prueba de la inexistencia del hecho presunto	728
2.1. Prueba del título, no de la titularidad	728
2.2. Constancia del cualquier título adquisitivo distinto al de donación	730
2.3. Disponibilidad económica del cónyuge <i>in bonis</i>	730
3. Medios de prueba	732
3.1. Confesión extrajudicial del quebrado sobre el carácter privativo de los medios empleados en la adquisición	734
3.2. Presunciones	738
3.2.1. Presunciones legales	738
3.2.1.1. El art. 38 de la Ley Hipotecaria	739
3.2.1.2. La presunción de posesión con justo título del art. 448 del Código civil.	740
3.2.2. Presunciones judiciales	740
4. Destrucción del objeto	741
VI. Protección de terceros de buena fe	742
VII. Tratamiento procesal	743

I.- ORIGEN Y EVOLUCION

1.- Derecho Romano

El estudio de la presunción muciana debe iniciarse con una reseña, siquiera breve, del Derecho romano. La razón es doble. De una parte, la búsqueda de los antecedentes históricos de la institución. De otra, porque nos permite mostrar la forma espectacular en que han variado radicalmente la finalidad y el significado de unos textos jurídicos con el paso del tiempo, el cambio de las costumbres y las nuevas necesidades de distintas situaciones socioeconómicas.

La presunción conocida con el nombre de muciana tiene su origen en el fragmento 51 del título 1, libro 24 del Digesto, donde se recoge un texto de Pomponio, que atribuye la norma a Quintus Mucius Scaevola:

Quintus Mucius ait, quum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. Evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse¹.

La Ley 6 del título 16, libro 5 del Codex recoge el mismo principio, complementando la norma de que el depósito de cosas propiedad del marido a nombre de la esposa no altera dicha propiedad, ni aun en el caso de que las cosas se entiendan donadas:

Etiam si uxoris tuae nomine res, quae tui iuris fuerant, depositae sunt, causa proprietatis ea ratione mutari non potuit, etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intelligat, quum donatio in matrimonio facta prius mortua ea quae liberalitatem excepit irrita sit. Nec est ignotum, quod, quum probari non possit,

¹ "Quinto Mucio dice: cuando se plantea litigio de dónde le ha venido alguna cosa a la mujer, lo más justo y honrado es, ya que no se demuestra de dónde procede, pensar que le ha provenido del marido, o de quien bajo cuya potestad estuviere. Parece que era esto lo que Quinto Mucio pensaba, en reconocimiento hacia la esposa: que había que descartar que era una ganancia infamante".

unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse veteres iuris auctores merito credidissent².

El verdadero sentido originario de esta presunción no ha sido bien esclarecido, a pesar de la atención que le han prestado los romanistas contemporáneos³. Y esta poca claridad de significado ha dado lugar a dos direcciones doctrinales. La más extendida considera que ante la duda sobre la procedencia de un bien de la esposa, debe partirse de la honestidad de ésta, y consecuentemente presumir que se lo ha donado el marido, pues otra procedencia –descartado que pueda adquirir por sí misma– conduciría indefectiblemente a una situación inmoral (adquirir por hurto, robo o de un amante)⁴. Otros autores, combinando la presunción con la nulidad de donaciones entre marido y mujer, sostienen que el significado de la regla es que se presume que lo que la mujer adquiere sin poder acreditar su procedencia, pertenece al marido⁵.

Ambas posiciones quedaron en entredicho con la publicación de un estudio con una visión totalmente distinta⁶: La presunción no tenía en un primer momento nada que ver con la prohibición de donaciones entre cónyuges. La muciana nació para los

² "Aunque los bienes que fueron tuyos por propio derecho estén puestos ahora a nombre de tu esposa, por esta razón no puede cambiar el origen de la propiedad, aunque por este mismo hecho hay quien entiende que tú le hiciste a tu esposa donación de tus bienes, porque la donación hecha en el matrimonio es inválida, ya que han muerto hasta los bienes que recibió antes por liberalidad. Y nadie ignora, que no pudiendo probarse de dónde los haya adquirido honradamente la esposa durante el tiempo del matrimonio, los autores más antiguos de derecho creyeron, con razón, que había recibido los bienes de su marido".

³ Véase IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Barcelona, 1990, pág. 533.

⁴ Véase, por todos, ROBY, *Roman Private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, Cambridge, 1902, pág. 165.

⁵ Véanse, por todos, SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano. Historia y sistema*, trd. por ROCES, Madrid, 1936, pág. 474, y entre nosotros, VIRGILI SORRIBES, "Proyección de la Presunción Muciana en el Derecho Común", en *AA.MN.*, X, págs.280 y ss.,pág.306. Una excelente síntesis de la polémica entre los romanistas puede verse en PARA MARTIN, *Presunción muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges en Cataluña*, Barcelona, 1981, págs. 11-15.

⁶ KASER, "Praesumptio muciana", en *Studi in onore di Pietro De Francisci*, vol.1, Milano, 1956, págs. 215 y ss. págs.220-221.

legados que el marido deja a la mujer, de los bienes que le hubiera entregado durante el matrimonio, para su uso personal (*quae uxoris causa parata sunt*), limitándose su aplicación al caso del matrimonio *in manu*, en el que todas las cosas usadas por la mujer –que no podía tener bienes propios– debían estimarse procedentes del marido, pues no pudo aplicarse al matrimonio *sine manu* en el que, si la mujer era *sui iuris*, las cosas podían proceder de su particular esfera de adquisición, y si era *filia familias*, podían haberle sido entregadas por el padre⁷.

Así pues, el sentido originario de la presunción no está claro y lo único que parece seguro es su fundamento: por motivos **morales** que inducen a no poner en duda la honestidad de la esposa, se considera que los bienes cuya procedencia no puede acreditar los adquirió de su marido.

2.– Derecho Común

Durante la Edad Media pueden distinguirse dos posiciones sobre la muciana. Por una parte, de la lectura del texto del Digesto se deduce que la finalidad de la presunción es salvaguardar la honorabilidad de la mujer frente a la posible sospecha de que los bienes en cuestión procedan de adquisición torpe. La cuestión se reduce a la prueba de la propiedad de unos bienes que la mujer dice ser suyos, en pleito entre el marido y la mujer (o sus herederos)⁸. El otro enfoque de la muciana se preocupa del

⁷ Esta teoría es expresamente admitida por GARCIA GARRIDO, *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en el Derecho romano*, Roma-Madrid, 1958, págs. 119–120, quien incluye el tema de la presunción muciana dentro del capítulo quinto, que trata de los legados dispuestos a favor de la mujer; D'ORS, *Elementos de Derecho privado romano*, Pamplona, 1977, págs. 362 y 382; DELGADO ECHEVERRÍA, *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, 1974, pág. 168, y MUÑOZ GARCÍA, *Las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada: 1505–1975*, s.l., pero impr. Madrid, 1991, págs. 44–45.

En realidad ya DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928, págs. 212–217, había defendido una tesis similar, pero añadiendo que con posterioridad se le dió una aplicación más extensa relacionada con la prohibición de donaciones entre cónyuges.

⁸ Este es el criterio que encontramos en las Partidas (3,14,2): "Regla cierta de derecho es, que la parte que niega alguna cosa en juycio, non es tenuto de la prouar, assi como de suso mostramos. Pero cosas señaladas son, en que la parte que las niega, es tenuto de dar prueua sobre ellos (...) E otrosí dezimos, que quando el marido muere, e fallan dineros, e ropa, e otras cosas en poder de su muger, que solía beuir

problema de los bienes puestos a nombre de la mujer y, en general, del daño que en connivencia con ella puede inferir el marido a sus acreedores; pero los autores no parten de la interpretación de los textos romanos, sino de la defensa de los intereses del comercio, recogidos en numerosos estatutos de las ciudades italianas⁹.

La presunción muciana, según parece, no llegó a confundirse con los instrumentos de protección a los acreedores del marido. Se advierte expresamente que la prohibición de donaciones entre cónyuges no concierne a la presunción muciana¹⁰, y que, si bien la ineficacia de la confesión del marido de ser de la mujer el precio con que adquirió es mucho más segura donde rija el estatuto que, para evitar fraudes, supone adquirido para el marido todo lo que la mujer adquiriera, sin embargo este decreto no se fundamenta en la presunción de Quintus Mucius, sino que tiene su causa en la supresión del fraude de los maridos¹¹.

Un tema al que prestaron especial atención los autores fue el de si la

con el, e pedían los herederos aquellas cosas en nome del finado, si la muger negare en juycio, que aquellas cosas non eran de su marido, e las razonare por suyas, o que ha algund derecho en ellas, tenuta es de lo prouar: e si desto non pudiere dar prueua verdadera, deuen ser entregados todos aquellos bienes a los herederos del finado".

⁹ Véanse las siguientes disposiciones de algunos estatutos (tomados de VASELLI, *La Presunzione Muciana*, Padova, 1953, pág. 6, nota 10), en los que predomina la protección de los acreedores, si bien los mecanismos jurídicos varían de un caso a otro. **Estatuto de Vicenza de 1264**: "Si qua mulier, constante matrimonio, reperiatur emisse aliquid, id praesumatur esse de bonis mariti, et creditoris possint illud emptum accipere in solutionem suorum creditorum sint alia bona mariti, primo accipientibus creditoribus bona mariti"; **Estatuto de Lucca de 1539**: "Quidquid mulier, constante matrimonio, de suis operibus et industria lucrata fuerit, sit mariti"; **Estatuto de Val Camonica**: "Omnes contractus inter virum et uxorem, constante matrimonio celebrati, intelligantur et iudicentur fictitii, simulati et collusorii et ipso iure non valeant nec teneant in prejudicium ipsorum nec aliorum quorumcumque, et iuramentum in ipsis contractibus pro eorum observatione interpositum censatur in fraude, vel dolose extortum et nihil operetur"; **Estatuto de Venezia**: "Se la moglie di alcun, la quale in casa di esso marito nulla de suo habbia portato, harrà qualche facultà, presumeno, che quella dei beni del marito l'habbia acquistata, ecceso se essa in contrario non provasse".

¹⁰ Sin embargo, la conexión entre ambas estaba ya en las fuentes: Codex, 5, 16, 6.

¹¹ MENOCHIO, *De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis, commentaria*, Genevae, MDCCXXIV, Lib. 3, prae. 51.nn. 30 y 31.

presunción **afectaba al bien adquirido** por la mujer, o sólo **al precio de la adquisición**, de modo que la mujer debiera devolver éste. La opinión dominante fue la segunda, de forma que si la mujer adquiría un bien y no podía demostrar la procedencia del dinero, se presumía que procedía del marido; pero éste y sus herederos sólo podían reclamar aquello en lo que se enriqueció (*ad precium quatenus uxori locupletata est*)¹².

3.- La Codificación

3.1.- Líneas generales de evolución

La evolución del instituto de la muciana a partir del Derecho Común en los distintos ordenamientos europeos puede sintetizarse de la siguiente manera: a) En los países en que se introduce un régimen matrimonial de comunidad la presunción muciana desaparece del Derecho Civil, sustituida por la de corresponder a la masa común los bienes cuya pertenencia exclusiva no pueden demostrar ni la mujer ni el marido¹³. b) En los países germánicos, la presunción se consideró de Derecho común, pero al BGB llegó de forma limitada, pues sólo los acreedores del marido –y no éste último– podían hacerla valer; y la mujer estaba protegida por otra presunción contraria sobre sus ropas, joyas e instrumentos de trabajo¹⁴. c) En los países con un régimen matrimonial separatista (Italia) se pierde su rastro.

Sin embargo, la preocupación por los posibles fraudes que los maridos en connivencia con sus mujeres podrían cometer en perjuicio de sus acreedores, llevó a

¹² BALDO, *Consiliorum, sive responsorum Baldo Ubaldi Perugini iurisconsulti clarissimi omnium concessu doctissime pariter et acutissimi*, Francof. ad Moen, MDLXXXIX, vol. V, cons. 67; MENOCCHIO, *op. et loc. cit.*, nn. 42 y 43.

¹³ Art. 1402 Código civil francés: "Todo inmueble se considera ganancial, salvo que uno de los cónyuges pruebe su propiedad anterior al matrimonio, o que lo ha recibido posteriormente a título de donación o de herencia".

¹⁴ El derogado art. 1362 del BGB establecía que "en beneficio de los acreedores del marido se presume que las cosas muebles que se encuentran en posesión de uno de los cónyuges pertenecen al marido. Esto vale también especialmente para los títulos al portador y para los títulos a la orden que están provistos de endoso en blanco. Para las cosas destinadas exclusivamente al uso personal de la mujer, especialmente para vestidos y alhajas y utensilios de trabajo, vale, en la relación recíproca entre cónyuges y con los acreedores, la presunción de que las cosas pertenecen a la mujer".

acoger en los respectivos Códigos de comercio, sólo para el caso de quiebra y en favor de los acreedores del comerciante quebrado, una presunción a la que se le siguió aplicando el nombre tradicional de muciana¹⁵.

Dicha presunción rige con el siguiente significado: los bienes adquiridos por la mujer del quebrado –posteriormente se ampliará al marido– a título oneroso durante un lapso temporal –variable para cada ordenamiento– constante matrimonio, se presumen, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, adquiridos con dinero del quebrado, y, por tanto, de su propiedad, ingresando automáticamente en la masa de la quiebra.

Pero lo restringido de su ámbito y la naturaleza de sus efectos ponen de relieve lo lejos que nos encontramos de la presunción de Quintus Mucius.

3.2.– El Ordenamiento español en particular

Por lo que al Ordenamiento español se refiere podemos distinguir entre Derecho civil común, Derecho mercantil y distintos Derechos forales.

El reflejo de la presunción muciana recogido en Las Partidas (3,14,2) fue arrinconado por la costumbre y sustituido por la presunción de ganancialidad contenida en la Ley 203 de las de Estilo: "Como quier que en el derecho diga que todas las cosas que han marido, è muger que todas presume el derecho que son del marido fasta que la muger muestre que son suyas. Pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido,y muger son de ambos de por medio salvo los que probare cada uno dellos que son suyos apartadamente", incorporada a la Novísima Recopilación (4,4,10), recogida en el art. 1328 del Proyecto de 1851 y plasmada en

¹⁵ Art. 547 del Code de Commerce; art. 555 del Code de commerce Belge de 1808; art. 673 del Codice civile del Regno d'Italia de 1865; art. 1549 del Código de Comercio Mejicano de 1884 y art. 45 de la Konkursordnung alemana.

En la actualidad está vigente en Italia, Holanda y Méjico, y según consigna DERRIDA, "Suretés réelles et revendications", en *Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé*, Paris, 1976, págs. 93 y ss., pág. 95, y también lo está en Grecia y en Líbano, con la peculiaridad, en este último país, de que la presunción se extiende a las deudas del marido pagadas por la mujer, presumiéndose pagadas con dinero del marido.

el viejo art. 1407 del Código civil.

El hecho de que ni en la Novísima Recopilación, ni en el Proyecto de 1851, ni en el Código civil se recogiera la norma contenida en Las Partidas, lleva a la conclusión de que la presunción muciana no llegó a tener vigencia en nuestro Derecho común¹⁶.

No obstante, hay quien¹⁷, recogiendo las palabras de García Goyena y Aguirre: "Encontrándose en poder de la mujer alguna cosa y dudándose de dónde ha podido adquirirla, se presumía por decoro del matrimonio, que las había adquirido de su marido; y lo mismo habría de decirse hoy sin perjuicio de la sociedad conyugal de gananciales en las cosas que la componen"¹⁸, afirma que la presunción muciana, transformada en la presunción de ganancialidad, subsistía en Derecho común en su formulación romana en el régimen de separación de bienes; añadiendo, sin embargo, que "publicado el Código civil y dado el texto tajante de su art. 1976, es muy atrevido sentar la vigencia del instituto".

Por lo que hace al Derecho mercantil, Virgili Sorribes¹⁹ considera que existe un precedente claro de la presunción en el apartado LIV del capítulo XVII de las Ordenanzas de Bilbao²⁰ y, partiendo del mismo, afirma que de la ausencia de un

¹⁶ Véase, por todos, BROSETA PONT, "La Presunción Muciana y el derecho de quiebras: En torno a las repercusiones de la quiebra del marido sobre los bienes privativos de la mujer", 1ª parte, en *RDM*, 1960, págs. 299 y ss., y 2ª parte, en *RDM*, 1961, págs. 77 y ss., pág. 334.

¹⁷ VIRGILI SORRIBES, "Proyección de la Presunción Muciana...", cit., pág. 326.

¹⁸ *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, II, Madrid, 1852, pág. 292.

¹⁹ "Proyección de la Presunción Muciana...", cit., págs. 327-336.

²⁰ "Por cuanto se ha experimentado que las mugeres de algunos comerciantes que han quebrado, ó sus herederos en representación de ellas se han opuesto á los concursos y cobrado sus dotes; y después volviendo los tales comerciantes á tratar y comerciar de nuevo, quebraron segunda ó más veces, y se ha repetido la misma acción por sus mugeres ó quienes la representaban, diciendo haber quedado la dote cobrada en primera ó segunda quiebra en poder de sus maridos, y la han vuelto á sacar: para evitar el perjuicio y fraude que en esto pueda haber contra los demás acreedores que han tratado á la buena fe, y ignorantes de semejante derecho; se ordena y manda, que

precepto claro y rotundo no se puede deducir que nuestro Código de Comercio desconozca la presunción, sino tan sólo, que es más laboriosa su busca; quedando compensado el esfuerzo al verla proclamada, aunque con un rigor excesivo, en el art. 909 de dicho Código.

Sin embargo, como ya se había afirmado²¹ y se puso después de manifiesto²², no existe en nuestro Código de Comercio, ni en sus precedentes, una norma análoga a las existentes en otras legislaciones europeas, habiéndose descartado sobradamente la posibilidad de que los párrafos 1 y 2 del art. 909 C. com.²³ contengan una modalidad de la muciana.

En cuanto los Derechos forales, la muciana sólo está recogida en la Compilación de Cataluña. No obstante, estuvo vigente en el Derecho Balear anterior a la actual Compilación, por la aplicación supletoria del Derecho Romano²⁴, y también en derecho Navarro, cuando se había pactado el régimen de separación de bienes²⁵.

Al igual que en Baleares, la muciana estuvo vigente en Cataluña durante la época del Derecho común y poco a poco fue abandonada. Sin embargo, a finales del siglo XIX Durán Y Bas la recoge en el art.99 de su proyecto de Apéndice al Código

siempre que sucediere la quiebra de alguno, y se sacare por su muger ó sus herederos dote, se entienda que en adelante, aunque lo vuelvan á dejar en su poder, y comercie con ello, no se haya de poder pedir, ni tener acción por su muger ni quien la represente; pues habiendo experimentado ántes el mal cobro que le dió el marido de su dote, no debe fiarle otra vez su administración y gobierno".

²¹ RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Méjico, 1957, pág. 337.

²² BROSETA PONT, "La Presunción Muciana...", cit., págs. 340-348, y PINTO RUIZ, "Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho civil de Cataluña", en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, 1971, págs.69 y ss., pág. 139.

²³ Véase supra, capítulo X, apdo. III, 3.3.1.1.

²⁴ En este sentido, si bien matizando que la legislación romana no era derecho supletorio sino derecho propio, PASCUAL Y GONZALEZ, "El Derecho Romano como supletorio de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares", en *RJC*, 1960, págs. 151 y ss., pág. 156.

²⁵ ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, III, Barcelona, 1954, pág. 195.

civil ²⁶. Interrumpido el letargo en el que permanecía, la muciana fue apareciendo y desapareciendo en los sucesivos proyectos de Apéndice al Código civil o de Compilación, para quedar plasmada en el art. 23 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, de 21 de julio de 1960: "Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición, pero no la del precio con que se hubiere verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por el marido. A estas donaciones les serán aplicables los arts. 20 y demás comprendidos en este capítulo".

Ante este precepto la doctrina adoptó posturas extremas a favor²⁷ y en contra²⁸ de la presunción contenida en el mismo, y junto a ellas la conciliadora de Roca Sastre²⁹, que lo interpreta de la forma menos perturbadora posible³⁰: "Esta presunción se funda en que es hecho usual o corriente en el matrimonio que el marido lleve la administración de todos los bienes de los cónyuges y haga suyos los frutos de los mismos, puesto que es norma que la esposa aporte en dote sus bienes. De ahí que se presuma que cuanto adquiere la mujer constante matrimonio lo adquirió con dinero o elementos económicos que le proporcionó su marido, mientras no demuestre que se valió de medios propios. Además la presunción muciana también constituye un resorte que hace efectivo el equilibrio económico del patrimonio de los dos cónyuges, evitando que el de la mujer se enriquezca a expensas del de su marido y en perjuicio

²⁶ *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho Civil de Cataluña*, Barcelona, 1883, pág. 74.

²⁷ VIRGILI SORRIBES, "El régimen legal de separación de bienes en la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña", en *ADC*, 1962, págs. 33 y ss., pág. 60.

²⁸ Véase, por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, *El régimen matrimonial de separación de bienes...*, cit., págs. 200-212.

²⁹ *Derecho Hipotecario*, III, cit., págs. 203-204.

³⁰ Según PELAYO HORE, "La Presunción Muciana", en *RGLJ*, 1961, págs. 793 y ss., pág. 825, "al Roca Sastre jurista de hoy no le acaba de agradar la presunción muciana; pero el Roca Sastre romanista eminente no se decide a desairar a Scaevola;... ha elaborado la teoría sobre el alcance de la presunción con el mismo cariño e idéntica precaución con que un domador recorta las uñas y lima los colmillos de una pantera para poder pasearla por la calle atada con una cadena".

de los acreedores de éste".

Las críticas a la vigencia de la presunción muciana tienen su adalid en Pelayo Hore: "El fundamento de la presunción muciana estriba en que, cuando el régimen jurídico de un pueblo aparta a la mujer de la vida activa en el campo jurídico-económico, toda adquisición hecha por la mujer casada lleva aparejada la "gran sospecha" de que, o adquirió con dinero de origen inconfesable, o se trata de un enriquecimiento a expensas del caudal del marido, y, por tanto, enriquecimiento injusto. Pero cuando el Derecho y los usos sociales atribuyen a la mujer plena aptitud para el tráfico jurídico y económico y le conceden bienes, frutos y productos (los parafernales), esto es, medios para adquirir, ya no es posible ni pensar mal de la esposa adquirente ni pensar que se enriqueció a expensas de su marido. El fundamento histórico de la presunción muciana **se ha derrumbado** desde que la ley y el uso consagran como normales los parafernales con administración y disfrute (sin licencia marital) atribuidos a la mujer, y sobre todo, desde que ya no es raro, sino normal, el que la esposa no sólo cuide del hogar, sino trabaje además fuera de él; esto sólo ya merecería que cuando adquiere algo supongamos que lo ganó con su propio y honrado esfuerzo, sin recurrir a otras suposiciones **más o menos peregrinas** que han perdido el fundamento que pudieron tener hace dos mil años"³¹. Dichas críticas tuvieron su eco y el correspondiente refrendo legislativo en la ley 13/1984, de 20 de marzo, sobre la Compilación del Derecho civil de Cataluña³², cuyo art. 7 modificó el texto del antiguo

³¹ "La Presunción Muciana", cit., págs. 816-817. El testigo de las críticas fue recogido por PARA MARTIN, *Presunción Muciana y nulidad de donaciones...*, cit., *passim*, quien ya desde sus primeros estudios sobre el tema, "La Presunción Muciana en el Derecho civil de Cataluña", en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, cit., págs. 46 y ss., págs. 66-67, negaba que la presunción muciana tuviera finalidad alguna, pues la evitación del fraude a acreedores y legitimarios, le resultaba ajena por estar establecida sólo en beneficio del marido o sus herederos. No obstante, quizá la manifestación más enérgica sea la de DELGADO ECHEVERRÍA, *El régimen matrimonial de separación de bienes...*, cit., pág. 213: "considero que la presunción llamada muciana no debió tener entrada en la Compilación".

³² La disposición adicional única de la Ley 13/1984, autorizó al Gobierno de la Generalidad para que dictase el Decreto Legislativo correspondiente para refundir los textos normativos resultantes, especificándose que la autorización incluía la facultad de regularizar la ordenación de los artículos de la Compilación, y la de armonizar los preceptos de la misma cuando fuese estrictamente necesario. Por ello, y a fin de darle cumplimiento, se dictó el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña.

art. 23. En el marco general de la adecuación de la Compilación a la Constitución española y a la realidad social catalana, la modificación de la presunción muciana tenía como fundamento último la supresión de un precepto atentatorio para la mujer y absolutamente inconstitucional por contrario a la igualdad de los cónyuges³³. De esta forma desaparecía del Derecho catalán la presunción muciana en su versión tradicional. Sin embargo la desaparición no fue tal, lo que se produjo realmente fue una sustitución: la muciana tradicional fue reemplazada por la muciana concursal, aunque con un texto de factura casi idéntica a la particular manifestación de la muciana que se contiene en el art. 1442 C.C.

Y así, el nuevo art. 23 de la Compilación dice: "En caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges, si éstos no están separados judicialmente o de hecho, los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior a la declaración o desde la fecha de retroacción se presumirán donados por el primero, salvo que el segundo, al adquirir o bien con anterioridad, dispusiera de ingresos o de cualquier otra clase de recursos suficientes".

Suprimida, pues, la nota "infamante" de la presunción muciana³⁴, ésta se reduce, según el Consejo Consultivo de la Generalidad³⁵, a una institución contra el fraude a terceros, no regulando una materia propiamente concursal sino un presupuesto de dicha materia, de carácter substantivo y completamente civil.

³³ Sobre la derogación del antiguo art. 23 de la Compilación por la Constitución, y los problemas de aplicación intertemporal, véase STS de 24 de abril de 1991.

³⁴ Según DELGADO ECHEVERRIA, *El régimen matrimonial de separación de bienes...*, cit., pág. 212, la presunción "implica trato discriminatorio en perjuicio de la mujer casada, que no está en consonancia con las valoraciones actuales, aun las más moderadas, sobre la equiparación jurídica de marido y mujer". PARA MARTIN, "La Presunción Muciana en el Derecho civil...", cit., pág. 67, afirma que "supone una importante merma de la capacidad de obrar de la esposa, al sumir todo su patrimonio en una auténtica situación de inseguridad". Para PUIG SALELLAS, "Notas sobre la autonomía patrimonial de la mujer casada en la Compilación catalana", en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, cit., págs. 147 y ss., pág. 170, es "un importante inconveniente para la realidad de la autonomía patrimonial de la mujer catalana".

³⁵ CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, *Dictàmens emesos pel Consell Consultiu de la G.C.*, Barcelona, 1986, págs. 110-112.

II.- LA PRESUNCION DEL ART. 1442 DEL CODIGO CIVIL: RASGOS PECULIARES Y NATURALEZA JURIDICA

Dice el art. 1442 del Código civil: "Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el periodo a que alcance la retroacción. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho".

Vaya por delante nuestra opinión favorable a que con este texto se introduce por vez primera en nuestro Derecho común la denominada **presunción muciana concursal**³⁶, aunque con matices que la diferencian del resto de los ordenamientos en

³⁶ El precepto, como se sabe, fue introducido por la reforma de 1981. Sin embargo su gestación no se inicia en el Proyecto de 14 de septiembre de 1979 (Ley 11/1981, de 13 de mayo), sino en el Proyecto de 4 de octubre de 1978. Y es importante dejar constancia de ello porque de un Proyecto al otro se modifica muy sustancialmente el contenido del precepto: de un texto que introducía la presunción muciana con una formulación casi idéntica a la que encontramos en otros Ordenamientos, se pasó a la peculiar manifestación que se contiene en el vigente art. 1442 C.C.

En la sesión del día 10 de mayo de 1978 de la Sección 1ª "De Derecho Privado" de la C.G.C., el Sr. Cámara manifiesta que ya sea en este lugar, o en otro que se considere más adecuado, es interesante evitar el fraude a los acreedores, estableciendo un periodo anterior a la insolvencia en el que respondan los bienes de ambos cónyuges, es decir, que si durante un periodo que se determine, por el cónyuge no deudor se han adquirido con anterioridad bienes, que éstos también respondan. E insiste en que se establezca una norma especial al respecto.

El Sr. Díez Picazo invita al Sr. Cámara a que traiga un texto correspondiente a su propuesta.

En respuesta, en la sesión del día 17 de mayo de 1978, el Sr. Cámara presentó el siguiente texto: "Cuando el marido o la mujer sean insolventes, y salvo que estuviesen separados judicialmente o de hecho, se presumirá en beneficio de sus acreedores, que los bienes adquiridos por el otro cónyuge a título oneroso y mediante precio en dinero, fueron adquiridos con fondos del deudor y son propios del mismo, siempre que la adquisición haya tenido lugar dentro del año inmediatamente anterior a la declaración de quiebra o concurso, o, en su caso, durante el periodo a que se retrotraigan los efectos de aquélla. Si, no obstante, la insolvencia, la quiebra o el concurso no hubiesen sido declarados, el año se contará desde la fecha que se reclame el pago de la deuda. La presunción no perjudicará los derechos adquiridos por terceros, a título oneroso y de buena fe, pero se extenderá a la contraprestación que el cónyuge deudor hubiese recibido" (Cfr. ESPAÑA-MINISTERIO DE JUSTICIA, C.G.C., *Actas de las sesiones celebradas por la sección 1ª "De Derecho Privado" (General) durante el curso 1977-1978*, Tomo 27-II, págs. 414 y 419-423).

El texto, con la sola excepción del periodo "si, no obstante, la insolvencia, la quiebra o el concurso no hubiesen sido declarados, el año se contará desde la fecha

los que está o ha estado vigente³⁷, lo que se traduce, como veremos a lo largo del presente capítulo, en una escasísima eficacia práctica.

La versión moderna de la presunción muciana tiene como finalidad el facilitar la revocación de las adquisiciones de un cónyuge en beneficio de los acreedores del otro. Y para ello, en el ámbito concursal, a la estricta presunción de gratuidad se le añade la incorporación automática de la adquisición al patrimonio responsable una vez declarada la quiebra. Cuál sea su naturaleza jurídica no es una cuestión pacífica, habiéndose elaborado diversas teorías al respecto sin que quepa sentar la preeminencia de una u otra³⁸.

que se reclame el pago de la deuda", pasó a ser el art. 1438 del mencionado Proyecto.

En el Proyecto de 14 de septiembre de 1979, la presunción muciana se incorpora en el art. 1442 con el texto vigente, con la única excepción del inciso "salvo prueba en contrario". La introducción del mismo se produjo como consecuencia de una enmienda (la nº 346) presentada por el Grupo Socialista del Congreso, cuya motivación transcribimos: "La dureza de la disposición contenida en este artículo justifica la necesidad de precisar el carácter de la presunción, con objeto de que no quepa una interpretación de ésta como presunción «iuris et de iure»" (Cfr. ESPAÑA. CORTES GENERALES, *Código Civil (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios*, I, Madrid, 1985, págs. 194, 324, 412, 622, 735, 766, 855, 909, 975 y 1109).

³⁷ En este sentido se manifiesta de forma prácticamente unánime la doctrina, si bien se refiere a ella con diferentes calificativos. BISBAL MENDEZ, "Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio", en *RJC*, 1982, págs. 349 y ss., pág. 367, la califica derechamente de **muciana**; para DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XVIII-3, Madrid, 1985, pág. 411, se trata de **una forma renovada de presunción muciana**; para DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho civil. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1988, pág. 224, se trata de una **semimuciana** de carácter concursal; para LACRUZ(-SANCHO), *Elementos de Derecho civil. IV. Derecho de familia*, 3ª ed. reimpr. actualizada [por] LUNA SERRANO/RIVERO HERNANDEZ/RAMS ALBESA, Barcelona, 1990, pág. 534, es una presunción **insólita**; para MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores", en *RCDI*, 1982, págs. 47 y ss., pág. 111, podría considerarse como una **leve manifestación de la presunción muciana**; y para TORTORICI PASTOR, "En torno a la muciana moderna del art. 1442 del Código civil", en *ADC*, 1990, págs. 1189 y ss., pág. 1202, es indudable que el art. 1442 C.C. recoge la **muciana moderna**.

En contra de que se haya introducido la muciana en nuestro Ordenamiento se manifiesta MASSAGUER FUENTES, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986, págs. 94 y 165.

³⁸ La teoría **subjetiva** hace incapié en la idea de impedir el acuerdo fraudulento de los cónyuges en perjuicio de terceros, y para ello acude a la idea de la interposición

La formulación que se contiene en el art. 1442 C.C. nos coloca ante una presunción *iuris tantum*³⁹, por medio de la cual se determina que el supuesto de hecho se tendrá por producido cuando se acredite o conste el indicio o hecho base, y como no excluye la posibilidad de que el hecho presunto no se haya producido, admite que la parte a quien el efecto perjudica pueda demostrar la falsedad del supuesto de hecho. Si bien se insinúa como concursal ("declarado un cónyuge en quiebra o concurso..."), se articula como una presunción de gratuidad (donación)⁴⁰, carente del automatismo

(real o ficticia). Esta teoría tuvo sus primeros defensores entre los autores franceses (Véase PERCEROU-DESSERTAUX, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, II, Paris, 1937, pág. 492) e italianos (Véase, por todos, BONELLI, *Del fallimento*, II Milano, 1923, pág. 416). La teoría **objetiva** se limita a constatar que la ley dispone una "extensión" de la masa, y lo hace recurriendo al concepto de la subrogación. Esta teoría tuvo gran predicamento entre la doctrina germánica (Véase MENTZEL-KUHN, *Kommentar zur Konkursordnung*, Berlin, 1962, pág. 320; en adelante citaremos esta edición, pues su interés radica en que recoge la modificación operada por la Ley sobre equiparación jurídica del varón y la mujer de 21 de junio de 1957, que entró en vigor el 1 de julio de 1958: aplicación de la presunción muciana a ambos cónyuges). Una última teoría ve en la muciana un procedimiento particular, dictado para la realización del crédito de la masa contra la cantidad empleada en la adquisición (SALANITRO, *Gli acquisti del coniuge del fallito*, Milano, 1960, págs. 80-85).

³⁹ Resulta desconcertante la afirmación que se contiene en el ya citado Dictamen del Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña (véase supra, nota 34): "Se trata, pues, de conceder efectos jurídicos a una presunción legal de fraude, de naturaleza unas veces *iuris et de iure* y otras *iuris tantum*, sin perjuicio de otras presunciones (incluidas las meramente *hominis*) que se puedan establecer".

Para una ratificación del aserto véase ISAS I SOLANES, *El divorcio y el derecho familiar catalán*, Barcelona, 1986, pág. 128.

⁴⁰ Para GARCIA CANTERO, en CASTAN, *Derecho civil español, común y foral*, V, *Derecho de familia*, vol. 1º, Madrid, 1983, pág. 495; LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., págs. 534-535; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, IV, *Familia*, Barcelona, 1985, pág. 181 y REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil*, Madrid, 1983, pág. 208, es una presunción de cooperación al fraude, con la que se trata de evitar la adquisición de bienes por parte del otro cónyuge con medios en parte propios y en parte de su consorte -quebrado-. Quizá, pero, a nuestro juicio, lo que hay es una norma para protección de los acreedores, con independencia de que, en realidad, haya habido o no cooperación al fraude; posición ésta mantenida por la doctrina germánica, admitiendo expresamente que la presunción muciana no presupone un negocio escandaloso -como en la muciana romana-, ni el intento de causar un perjuicio, ni la existencia de una voluntad maligna (Véase MENTZEL-KUHN, *Kommentar zur KO...*, cit., pág. 320). Y, si se quiere, a lo sumo, una compensación -de alcance reducido- de la nueva posición de los acreedores, consecuencia de la derogación del principio del principio de nulidad de las donaciones entre cónyuges

integrador necesario, que deberá actuar, exclusivamente, en el marco de los mecanismos de reintegración de la masa vigentes⁴¹.

Aun a pesar de esta especial configuración, la presunción muciana está plasmada en el art. 1442 del Código Civil y no podemos desconocer su existencia. Cuál sea su alcance y funcionalidad es lo que intentaremos establecer a lo largo del presente capítulo⁴².

durante el matrimonio que contenía el antiguo art. 1334 C.C., pero la virtualidad meramente concursal de la presunción muciana introducida, no cubre la totalidad del campo permisivo derivado de la derogación de aquel principio de nulidad (BISBAL MENDEZ, "Anotaciones mercantiles...", cit., pág. 368). Sin embargo, esta posible compensación de posiciones no resulta muy clara a la vista del Derecho comparado, especialmente del Derecho italiano: vigente la presunción muciana desde 1865, el Tribunal constitucional, por sentencia de 27 de junio de 1973, declaró inconstitucional la prohibición de donaciones entre cónyuges.

⁴¹ En este sentido, BISBAL MENDEZ, "Anotaciones mercantiles ...", cit., pág. 368; MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico...", cit., pág. 113; MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., pág. 94, y TORTORICI PASTOR, "En torno a la muciana moderna...", cit., pág. 1203. Véase infra, apdo. IV, 2.

⁴² Ya se ha indicado que el nuevo art. 23 de la Compilación Catalana recoge una versión de la muciana muy similar a la del art. 1442 C.C. Y lo mismo sucede con el texto que se contiene en el art. 264 ALC: "Declarado el concurso de un cónyuge con régimen de separación de bienes, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de la masa, que fueron donados por él los bienes adquiridos por el otro cónyuge, constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, siempre que la adquisición haya tenido lugar en el año anterior a la admisión a trámite de la solicitud de concurso o en el periodo a que alcance la retroacción, si éste fuese superior a aquél. Si el cónyuge del concursado justifica la adquisición pero no la del precio con que la hubiese verificado, se presumirá que el bien procede de donación del concursado. Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando el cónyuge titular percibiera sueldo, ejerciera profesión o, en general, tuviera a su disposición dinero suficiente para la adquisición en el momento de realizarla. Esta presunción no regirá si en el momento de la adquisición los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho".

El ámbito espacial restringido del art. 23 de la Compilación Catalana y la situación de pendencia del art. 264 ALC justifican el estudio de la Muciana sobre la base del art. 1442 C.C., sin perjuicio de que señalemos las notas diferenciadoras de las otras dos manifestaciones.

III.- PRESUPUESTOS

1.- Existencia de un vínculo matrimonial:

1.1.- Existencia del matrimonio al tiempo de la adquisición

De la letra del art. 1442 se desprende que es condición necesaria para su aplicación el que al tiempo de efectuarse la adquisición se hubiera celebrado ya el matrimonio⁴³, condición ésta de la que puede deducirse un límite temporal de la presunción muciana: la presunción sólo se aplica a las adquisiciones realizadas **durante** el matrimonio⁴⁴. Ahora bien, si en vez de referir el matrimonio al tiempo de la adquisición lo referimos al momento de la declaración de quiebra, quedarían cubiertas las posibles maniobras fraudulentas de los **futuros** cónyuges, pero ello, cuando el matrimonio se disuelve por muerte del cónyuge *in bonis*, colocaría, injustificadamente en mejor posición a sus herederos y equipararía las parejas casadas a las que conviven *more uxorio*⁴⁵. Otra posible interpretación sería la de estimar

⁴³ En este sentido se manifiesta la totalidad de la doctrina extranjera con la sola excepción de TEDESCHI, "Natura de la c.d. presunzione muciana", en *Riv. dir. civ.*, 1934, págs. 357 y ss., pág. 376, que consideraba aplicable la muciana aun cuando la adquisición se hubiese verificado con anterioridad a la celebración del matrimonio; opinión que, sin embargo, no reprodujo en *El régimen patrimonial de la familia*, trd. por SENTIS MELENDO y AYERRA REDIN, Buenos Aires, 1954, pág. 33.

⁴⁴ La especificación de este límite estaba explícita en el art. 45 KO –während der Ehe erworben–; Para el Derecho italiano (bajo la vigencia del Código de 1882), fue establecida por SANTORO-PASSARELLI, "Struttura e funzione della presunzione detta muciana", en *Riv. dir. comm.*, 1936, I, págs. 155 y ss., pág. 158, nota 3, y había sido sugerida como elemento de interpretación auténtica por BONELLI, "I diritti della moglie nel fallimento del marito", en *Riv. dir. comm.*, 1924, I, págs. 493 y ss., pág. 504. En el Derecho francés fue introducida con el art. 106 del Decreto de 20 de mayo de 1955 –pendant le mariage–. En lo que al Derecho español se refiere, la limitación únicamente está presente en el art. 264 ALC –constante matrimonio– con lo que se mejora la redacción del art. 1442 C.C. y se aclara este extremo.

⁴⁵ Esta interpretación no sólo no nos permite superar la diferencia de trato que existe entre las parejas no casadas y los matrimonios, sino que haría más gravosa aún la situación de las personas casadas, pues se sancionarían actos anteriores a la existencia del matrimonio; actos que, consecuentemente, deberían equipararse a los realizados por los integrantes de las parejas no casadas, quedando al margen de la presunción del art. 1442 C.C.

Si bien es cierto que el legislador ha ido tomando conciencia de estas uniones y ha regulado los efectos que en algunos sectores del Derecho tienen las mismas, no lo es menos que nuestro tema no ha despertado su interés, siendo las disposiciones relativas a las uniones extramatrimoniales las siguientes: art. 101, párr. 1 C.C. –el derecho a la pensión se extingue por **vivir maritalmente** con otra persona–;

disposición adicional 10ª, norma 2ª de la Ley 39/1981, de 7 de julio –quienes no hubieran podido contraer matrimonio pero hubieran **vivido como tal** tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, a la pensión de viudedad...–; disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre –las referencias de esta Ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de **una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga** a la conyugal–; art. 11 C.P. –es causa que puede atenuar o agravar la responsabilidad ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por **análoga relación de afectividad**–; art. 18 C.P. –están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados por **análoga relación de afectividad**–; el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder judicial establece como causa de abstención de jueces y magistrados el vínculo matrimonial o **situación de hecho asimilable**, con alguna de las partes, sus defensores o representantes. También son ilustrativos de la importancia cuantitativa y cualitativa que han ido adquiriendo las situaciones de convivencia *more uxorio* la Recomendación 67 de la OIT, sobre seguridad de los medios de vida y el Proyecto de recomendación del Consejo de Europa de 25 de septiembre de 1987, sugiriendo a los estados miembros la adopción de las medidas necesarias para que tanto los contratos entre concubinos, como las disposiciones testamentarias entre ellos puedan tener validez.

Paradójicamente en ningún texto legal se dice qué se entiende por unión extramatrimonial, lo que, a nuestro juicio, no sólo produce una considerable inseguridad jurídica, sino que además encierra una contradicción en sí mismo, ya que se regulan unos posibles efectos de algo no definido, pero sí caracterizado, según ha establecido la doctrina, por ser una opción de los integrantes de la pareja de no someterse a norma alguna; idea ésta reforzada por la sentencia del Juzgado de Instrucción nº 22 de Madrid (revocada por la sentencia de 16 de abril de 1990 de la Audiencia Provincial de Madrid) en la que se dice: "... la aplicación analógica constituiría una flagrante violación del principio de libertad que constituye uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1 de la Constitución). En efecto si en una sociedad democrática los ciudadanos son libres para elegir la forma en la que articular su convivencia, unión matrimonial o unión extramatrimonial, constituiría una verdadera estafa para la libertad individual si después de optar por la unión extramatrimonial, se les aplicara la regulación jurídica de la unión matrimonial". En consecuencia, la regulación de las uniones extramatrimoniales –al margen de su posible conveniencia, fundada en criterios de equidad– desvirtúa la esencia de esta figura, al tiempo que da entrada a una modalidad menos rígida y formalista de "matrimonio".

En cuanto a la favorable evolución jurisprudencial cabe señalar, por ser las más comentadas, la sentencia de la Magistratura de Trabajo nº 15 de Barcelona de 25 de junio de 1981, la sentencia de la Magistratura de Trabajo de Valencia de 23 de octubre de 1981, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 21 de abril de 1986, la sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 15 de mayo de 1986, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986, la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 7 de enero de 1987, la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de junio de 1987, y las más recientes de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de abril de 1990 y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de julio de 1990.

Sobre la evolución, conceptualización y aceptación de las parejas no casadas,

necesaria la existencia del matrimonio en ambos momentos, es decir al tiempo de efectuarse la adquisición y al tiempo de declararse la quiebra⁴⁶. Sin embargo esta interpretación choca con el texto del art. 1442 C.C., que, al excluir los supuestos de separación judicial o de hecho, descarta como condición necesaria la subsistencia del vínculo al tiempo de la declaración de quiebra.

Así pues, la presunción muciana afectará a las adquisiciones efectuadas en el periodo –incluido en el lapso máximo a que alcance la retroacción– que va desde la celebración del matrimonio hasta la interrupción de la vida en común. Lo que, a su vez, nos exige determinar en qué momento deben estar separados los cónyuges para que no sea aplicable la presunción muciana. Lo lógico será que estén separados desde la fecha de la retroacción o desde un año antes de la declaración, y que continúen estándolo de manera **ininterrumpida** hasta la declaración de quiebra. Una solución diferente daría al traste con la protección que se quiere brindar a los acreedores, ya que bastaría con probar la no convivencia de los cónyuges en el momento de la declaración para enervar la presunción⁴⁷.

véanse CERDA GIMENO, "La situación actual de las parejas no casadas", en *BIMJ*, nº 1482, 1988, págs. 599 y ss.; ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Madrid, 1991; MERINO GISPERT, "Las uniones libres y su perspectiva actual (las parejas no casada)", en *La Ley*, 1 de marzo de 1987, págs. 1 y ss.; y MUÑOZ DE DIOS, "Régimen económico de las uniones extramatrimoniales", en *La Ley*, 30 de junio de 1987, págs. 1 y ss. y la abundante literatura por ellos citada.

⁴⁶ La posibilidad fue expresamente rechazada por la doctrina italiana (SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., pág. 212, y VASELLI, *La presunzione muciana*, cit., pág. 71. Sin embargo, la doctrina alemana iba más allá en su interpretación: el hecho de que el no deudor hubiera enviudado o se hubiera divorciado en ese lapso de tiempo, no impedía que el art. 45 KO desplegara todos sus efectos (véase JAEGER, *Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetze*, I, Berlin und Leipzig, 1931, pág. 805; en adelante citaremos ésta, por ser la edición en que más ampliamente se trata el tema, no habiendo más innovaciones que la bilateralización en la de 1958 – adaptada por Lent, Weber, Jahr y Klug–, citada como JAEGER–LENT).

⁴⁷ En este mismo sentido, aunque sin argumentar sus afirmaciones, DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pág. 224, y TORTORICI PASTOR, "En torno a la muciana moderna...", cit., pág. 1205, y en relación con el art. 23 de la Compilación catalana, ISAS I SOLANES, "Comentaris als articles 12, 13, 19, 20, 21, 22 i 23", en *Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya*, I, Barcelona, 1987, págs. 263 y ss., pág. 324. Véase infra apdo. V, 1.

1.2.- Consecuencias de la declaración de nulidad del matrimonio

Como norma general el efecto lógico de la declaración de nulidad es la destrucción retroactiva de las consecuencias del matrimonio, teniendo éste por no celebrado (*quod nullum est nullum producit effectum*). Por tanto, declarado nulo el negocio jurídico, no produce los efectos propios del grupo al que pertenece y, en consecuencia, no cabe la aplicación de la presunción muciana^{48/49}. Sin embargo, el nuevo art. 1395 C.C. dispone que la disolución del matrimonio ha de entenderse producida desde el momento en que adquiere la sentencia, lo que significa que el régimen ha estado funcionando hasta ese momento, solución ésta que ha de ponerse en conexión con la doctrina del *favor matrimonii*.

El matrimonio putativo ha sido definido⁵⁰ como un "matrimonio aparente o de hecho, contraído o celebrado en forma, revelador de una apariencia jurídica matrimonial a la que la ley, *utilitate publica et privata suadente*, y mirando muy especialmente al *favor prolis*, hace producir efectos"⁵¹.

⁴⁸ En este sentido, para el Derecho italiano, véase AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, Torino, 1961, pág. 525. En contra, VASELLI, *La presunzione muciana*, cit., pág. 71, que recurre a los efectos del matrimonio putativo para eludir el rigor de la retroactividad.

⁴⁹ Los supuestos de convalidación del matrimonio nulo no plantean ningún problema específico. Dado que el matrimonio se convalida desde que se contrajo, nada obsta la aplicación de la presunción muciana. Sobre la convalidación del matrimonio nulo, véase VALLADARES RASCON, *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Madrid, 1982, págs. 161-162.

⁵⁰ JORDANO BAREA, *Fundamento y naturaleza jurídica del matrimonio putativo*, Sevilla, 1967, pág. 1.

⁵¹ La institución del matrimonio putativo apareció en el seno de la Iglesia en el S. XII tratando de mitigar, respecto de los hijos, las rigurosas consecuencias del impedimento de parentesco. Este reconocimiento de efectos, en cuanto a los hijos al matrimonio nulo por impedimento de parentesco, se amplió luego a cualquier causa de nulidad, supuesto que existiera buena fe por parte de los contrayentes, y extendiendo los efectos a los cónyuges. Con esta configuración pasa a los civilistas, plasmándose en el Código de Napoleón y en el italiano de 1865, en el que se inspiró la ley española de matrimonio civil de 1870, precedente inmediato de la actual regulación.

La mecánica de funcionamiento del matrimonio putativo hace que dicha institución no cobre virtualidad en tanto no se "declare" la nulidad del mismo⁵². Ahora bien, ello no obsta la aplicación del art. 102 C.C.: "Admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen por ministerio de la Ley, los efectos siguientes: 1º Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal", lo que servirá, llegado el caso, para enervar la presunción. La peculiaridad del matrimonio putativo –en lo que a nosotros concierne– radica en los tres posibles supuestos que plantea cuando la nulidad se declara con anterioridad a la declaración de quiebra: Si la buena fe se predica de ambos cónyuges, la presunción muciana se aplica como si subsistiera el matrimonio⁵³. Si lo que se predica es la mala fe de ambos no hay efectos civiles para ninguno de los dos y, por consiguiente, la presunción muciana no encuentra aplicación. Si la buena fe sólo se aprecia en uno de los cónyuges, éste puede beneficiarse de la opción que se le ofrece de liquidar el régimen según las reglas de la participación en las ganancias⁵⁴, con lo cual la situación

⁵² El nuevo art. 79 C.C., según redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, dice: "La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume". El texto, como puede apreciarse, es bastante más lacónico que el del antiguo art. 69 C.C.: "El matrimonio contraído de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo. Si ha intervenido buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos. La buena fe se presume, si no consta lo contrario. Si hubiere intervenido mala fe por parte de ambos cónyuges, el matrimonio sólo surtirá efectos civiles respecto de los hijos".

⁵³ Para el Derecho catalán anterior a la reforma, PARA MARTIN, *Presunción Muciana y nulidad de donaciones...*, cit., pág. 103, hacía una interpretación restrictiva, que no compartimos, del antiguo art. 69 C.C. que le llevaba a negar la aplicación de la muciana en este caso, pues reducía los efectos del matrimonio a las normas "favorables" a los esposos; reducción que no puede apoyarse en el texto de dicho precepto.

⁵⁴ El párrafo 2º del nuevo art. 95 C.C. dispone que "si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte", con lo que se generaliza la previsión que, para el régimen de gananciales, se hacía en el nuevo art. 1395 C.C.: "Cuando la sociedad de gananciales se disuelva por nulidad del matrimonio y uno de los cónyuges hubiera sido declarado de mala fe, podrá el otro optar por la liquidación del régimen matrimonial según las normas de esta sección o por las disposiciones relativas al régimen de participación, y el contrayente de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte".

La norma del art. 1395 C.C., a nuestro juicio, desborda el cauce por el que

del cónyuge de mala fe se ve empeorada, máxime si éste es el quebrado. ¿Es aplicable en este caso la presunción muciana?. La solución va a depender de la identidad de razón –parcial– con uno u otro supuesto (buena o mala fe de ambos) por la que optemos, o de que atendamos a la defensa del cónyuge de buena fe, lo que supondrá aplicarla sólo cuando le beneficie⁵⁵. Ahora, cualquiera que sea la solución ésta no será pacífica pues se trata de decidir sobre una norma que debe aplicarse a dos sujetos como consecuencia de la existencia de un matrimonio cuando para uno de ellos se niega la existencia del mismo y, por tanto, de sus efectos.

1.3.– Regímenes económico–matrimoniales en los que es aplicable

Sentado que la presunción muciana no es aplicable a las parejas no casadas y que es necesaria la existencia de un vínculo matrimonial, hay que establecer a qué regímenes matrimoniales –de los previstos por el legislador– es aplicable.

La aplicación de la presunción muciana al régimen de separación de bienes no plantea problemas: viene determinada por el propio legislador.

Admitido que la finalidad de la norma es la protección de los acreedores frente a determinados actos –no necesariamente colusorios– de los cónyuges mediante una extensión de su garantía, su aplicación al régimen de gananciales nos enfrenta con una dificultad y con un cúmulo de desventajas. La dificultad radica en la colocación sistemática del precepto. El obstáculo podría salvarse, en principio, por la vía de la interpretación analógica atendiendo a la finalidad de la norma. Sin embargo, no es necesaria esta ficción pues la situación de los acreedores ante el régimen de separación

discurren los preceptos relativos a los regímenes económico matrimoniales, pues no es lo mismo calcular unas ganancias cuando se trata de un régimen separatista, que cuando se trata de uno comunitario. Cuando el régimen vigente es el de gananciales las operaciones no pueden limitarse a un cómputo del patrimonio inicial y final del cónyuge de mala fe, pues el patrimonio final resultante no se corresponde con la realidad. A favor del cómputo puro simple de los patrimonios inicial y final se manifiesta LACRUZ (–SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 486.

⁵⁵ Análoga solución ofrecía para el Derecho catalán anterior a la reforma PARA MARTÍN, *Presunción Muciana y nulidad de donaciones...*, cit., pág. 103, sobre la base de un razonamiento, a nuestro juicio, contradictorio, que ponía el acento en la desigualdad estructural existente entonces en el matrimonio.

no es tan favorable como en régimen de gananciales⁵⁶. De ello se desprende que el régimen de gananciales, con respecto a los acreedores, goza de una bondad intrínseca de la que el régimen de separación carece, pues su estructura no favorece, tal y como sucede en el régimen de separación, los acuerdos y maniobras de los cónyuges. Pero, insistimos una vez más, aunque el régimen de separación pueda propiciar las actuaciones colusorias, no podemos acercarnos a dicho régimen con la idea preconcebida de que su adopción viene motivada por la existencia de ese margen de maniobra.

Al descender a los puntos concretos de funcionamiento del régimen de gananciales surgen las desventajas. Así, a título de ejemplo, pueden verse las siguientes: Si la adquisición es privativa del cónyuge *in bonis* y la titularidad está acreditada por título fehaciente, no puede entrar en juego la presunción muciana. Si la privatividad se fundamenta en confesión emitida por el cónyuge quebrado o concursado, tal confesión no perjudicará a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges⁵⁷, por tanto los acreedores podrán dirigirse contra la totalidad del bien, lo que supone una garantía mayor que la mitad del bien adquirido que puede obtenerse por la vía de la presunción muciana. Si la adquisición es privativa en virtud de un derecho de retracto, o por tratarse de una compra a plazos, en caso de haberse empleado bienes privativos del quebrado, o bienes gananciales, surge un derecho de crédito (por el valor) contra el cónyuge *in bonis* a favor del quebrado o de la masa ganancial. Lo que habría que reintegrar a la masa sería ese crédito por el valor, mientras que con el art. 1442 C.C. sólo se reclama la mitad del bien adquirido. En caso de admitirse la aplicación a contrario del art. 1355 C.C.⁵⁸ surge la misma traba: nace un derecho de crédito por el valor del bien y no un derecho al bien.

⁵⁶ En este sentido se manifiesta la totalidad de la doctrina, véase por todos, REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág. 206.

⁵⁷ Cfr. art. 1324 C.C.

⁵⁸ "Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes".

La conjunción de estos datos nos lleva a manifestarnos a favor de la exclusión del régimen de gananciales del ámbito de actuación de la presunción muciana⁵⁹.

Por lo que se refiere al régimen de participación en las ganancias, si bien la doctrina no se muestra pacífica⁶⁰, nos decantamos por la afirmativa sobre la base de

⁵⁹ La doctrina extranjera llegaba a una solución análoga pero desde un punto de partida diferente: la presunción muciana estaba, y está, recogida en las leyes de quiebras. El legislador francés especificaba que la presunción era aplicable cualquiera que fuese el régimen matrimonial, lo que llevó a la doctrina a decir que la presunción de comunidad se superponía a la muciana provocando una extensión arbitraria de la presunción de comunidad a los regímenes disociativos (véase, por todos, THALLER, *Des faillites en droit comparé*, II, Paris, 1887, pág. 130). En igual sentido se manifestó la doctrina italiana con ocasión del proceso de reforma del Derecho de familia, afirmando que si el régimen de comunidad llegaba a ser el legal (como así sucedió) la muciana perdería su contenido (OPPO, "Il regime patrimoniale della famiglia", en *La riforma del diritto di famiglia*, Padova, 1972, pág. 79), desatándose una viva polémica que todavía persiste. La ley alemana, al igual que la italiana, no contenía una especificación de los regímenes matrimoniales a los que era aplicable la muciana pero, en cualquier caso, la doctrina no se cuestionó la aplicabilidad bajo el régimen de comunidad, si bien el nuevo texto del art. 2 KO. plantea algunas peculiaridades en lo tocante a la inclusión de los bienes en la masa activa en función de quién fuera el administrador de la masa común: el quebrado, su cónyuge o ambos.

⁶⁰ Las posturas doctrinales son variadas: Aplicación en virtud de la remisión del art. 1413 C.C., BISBAL MENDEZ, "Anotaciones mercantiles...", cit., pág. 370; LEON ARCE, *Sistemas económico-matrimoniales de tipo mixto: El régimen de participación*, Oviedo, 1984, pág. 250; MORALES MORENO, "Del régimen de participación", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, págs. 1808 y ss., pág. 1818; TORTORICI PASTOR, "En torno a la muciana moderna...", cit., pág. 1202. Silencio sobre el precepto, LACRUZ (-SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 508. No inclusión del art. 1442 entre los preceptos aplicables por remisión, ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil. IV. Derecho de familia*, Barcelona, 1989, pág. 206; LANZAS GALVACHE, "El régimen de participación", en *RCDI*, 1983, págs. 1141 y ss., págs. 1145-1149. Una posición particular ocupa la solución aportada por DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., págs. 90-91: "Y segunda cuestión, si el art. 1442 es aplicable al régimen de participación. La solución es difícil y no se puede dar por supuesta por el superior interés de los acreedores, que son terceros en la relación *inter partes*, entre los cónyuges, pues también los terceros tienen que respetar la esfera de la autonomía contractual (*res inter alios facta*) y se hallan en condiciones de saber que los cónyuges se hallan casados bajo el régimen de participación. Lo que sucede es que, por una parte, el legislador sujeta este régimen durante su vigencia a las reglas de la separación de bienes, con las excepciones que ya conocemos, y que, en este caso, se inclina preferentemente por los acreedores (*voluntas legis*), sin embargo, la composición de los intereses no debe construirse mecánicamente, y de ello nos dan idea los otros supuestos que, por remisión, serían aquí de aplicación, entre los que se cuenta la quiebra o el concurso del otro cónyuge (art. 1393-1º C.C.). De modo que podemos

que el régimen de participación está sujeto durante su vigencia a las reglas de la separación de bienes, a lo que se añade la remisión expresa y sin restricción alguna que hace el art. 1413 C.C.

Así pues, y recapitulando, la presunción muciana será aplicable cuando el régimen matrimonial vigente sea el de separación de bienes o el de participación en las ganancias, pero no cuando se trate de el de gananciales⁶¹.

2.- Declaración en quiebra o concurso de uno de los cónyuges

Ya vimos en el capítulo anterior cuáles eran los efectos que sobre los bienes y la persona del concursado o quebrado se producían con la declaración de quiebra o

llegar a la siguiente conclusión, la preferencia corresponde a los acreedores y ellos podrán poner en marcha el mecanismo extintivo, con los efectos del art. 1394 y 1442, pero el otro cónyuge puede oponerse demostrando que no ha habido fraude, en cuyo caso se liquidaría el régimen conforme a las reglas del régimen de participación. Es decir, se aplicaría el art. 1442, en fase previa, pero al final no prevalecería el criterio que establece. También cabe que los acreedores opten por dirigirse, una vez liquidado el régimen de participación, contra el crédito atribuido al concursado o al quebrado, en cuyo caso se eludiría la aplicación del art. 1442 y, en fase intermedia, la del art. 1394. Teniendo en cuenta que, en este caso, los acreedores habrían de controlar la liquidación previa del régimen de participación. Esta solución, con sus dos variables, es la que nos parece más segura, en sede interpretativa y la que puede representar, aparte de mayores ventajas, una salida más equitativa".

⁶¹ El tema se plantea con perfiles diferentes en el ALC y en la Compilación.

El ALC se refiere expresamente al régimen de separación de bienes. Ahora bien, dado que su promulgación llevaría aparejada la derogación del art. 1442 C.C., quedaría resuelto el discutido problema de la remisión del art. 1413 C.C. Sin embargo, entendemos que seguiría existiendo la misma identidad de razón –las normas rectoras del régimen–, lo que nos llevaría a defender la aplicación analógica cuando el régimen fuese el de participación en las ganancias.

La cuestión es más compleja cuando nos referimos a la Compilación. Dicha complejidad viene determinada por el hecho de que, bien por el deseo de sustituir precepto por precepto, bien por un descuido, el artículo que recoge la presunción muciana está inserto en el marco de las disposiciones generales, comunes a todos los regímenes matrimoniales, lo que llevará, dadas la remisiones a las Costumbres de Tortosa y a instituciones específicas del Campo de Tarragona, de la antigua Diócesis de Gerona y del Valle de Arán, a tropezar con continuas dificultades cuando se trate de aplicar el art. 23 a cualquiera de las modalidades de los regímenes de comunidad que se contemplan: la sociedad de gananciales del Código civil; la asociación a compras y mejoras; el pacto de igualdad de bienes y ganancias; el agermanament y la mitja guadanyeria.

concurso. Por ello nos remitimos a lo ya expuesto, manteniendo las argumentaciones sobre la base del análisis del instituto de la quiebra.

Dada la configuración de los arts. 1442 C.C., 23 de la Compilación catalana y 264 ALC, no se plantea como cuestión a dilucidar si es necesario que el quebrado fuera comerciante en el momento de producirse la adquisición, cuestión planteada en Italia, y que mantiene dividida a la doctrina⁶². En este sentido hay que tener en cuenta que la presunción muciana, en la versión de los tres preceptos, es aplicable con independencia del carácter civil o mercantil del deudor. En consecuencia, lo relevante es que el deudor sea o no empresario al tiempo de instarse el procedimiento de ejecución colectiva, para, en función de ello, aplicar la quiebra o el concurso de acreedores⁶³. Pero además, aun limitándonos a los supuestos de quiebra, el excluir del ámbito de aplicación de la presunción muciana las adquisiciones anteriores al ejercicio del comercio supondría desconocer "la existencia de posibles acreedores anteriores que son tan dignos de tutela como los posteriores a la adquisición de la cualidad de comerciante"⁶⁴.

2.1.- Un supuesto especial: Quiebra de ambos cónyuges

Cuando los dos esposos son comerciantes y quiebran simultánea o sucesivamente y el valor de las adquisiciones es idéntico, no tiene mucha lógica aplicar la presunción muciana a ambas quiebras: si los dos adquieren por valor de 100, los patrimonios respectivos disminuyen en 50 y se incrementan en 50, lo que da un resultado de alteración igual a 0, es decir, se produce una compensación, que no incide en la composición de los patrimonios.

⁶² A favor de la coincidencia, FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1966, pág. 386; SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1949, pág. 191. En contra, SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., pág. 219; VASELLI, *La presunzione muciana*, cit., pág. 66.

⁶³ El que la presunción muciana sólo sea aplicable a los supuestos de concurso y quiebra le parece criticable a MARTINEZ-CALCERRADA, *El nuevo derecho de familia, I*, Madrid, 1983, pág. 197, pues considera que se excluye cualquier otra situación, menos formalista, de que acreditada la insolvencia pudiera operar.

⁶⁴ BROSETA PONT, "La Presunción Muciana...", 1ª parte. cit., pág. 311.

La única solución viable para evitar el juego inútil de la presunción muciana sería dejar en manos de los síndicos, quienes resuelven sobre la reintegración de la masa⁶⁵, la decisión de solicitar una verificación del valor de las adquisiciones, y ello en el entendimiento de que no deja ser una rémora para el procedimiento si el valor de las mismas es dispar. El fundamento de esta solución estaría en la aplicación analógica de la interpretación restrictiva de la nulidad del art. 878, párr. 2º C. com.: sanción de los actos del quebrado perjudiciales para la masa.

Cuando el valor de las adquisiciones es diferente el resultado no es mejor. Así, por ejemplo, si un cónyuge adquiere por valor de 100 y el otro por valor de 300, el que adquiere por valor de 100 sufre una disminución de 50 y experimenta un incremento de 150 (por tanto su patrimonio aumenta en 100), mientras que el que adquirió por 300 sufre una disminución de 150 y experimenta un incremento de 50 (por tanto su patrimonio disminuye en 100). Las consecuencias en este caso son dispares para los acreedores de uno y otro esposo, desplegando sus efectos la presunción muciana. Los acreedores del cónyuge que adquirió por 100 se ven beneficiados por el incremento de la masa en 100, mientras que los del que adquirió por 300 se ven perjudicados por una reducción de 100. A esto hay que añadir que cabe que los acreedores del segundo quebrado no sólo no puedan conseguir un aumento del patrimonio de su deudor por la vía de la presunción muciana, sino que lo hayan visto disminuir como consecuencia de su aplicación a la primera quiebra.

Dejando a un lado esta incursión en el mundo de las adiciones y sustracciones, el tema debe plantearse en los siguientes términos. Cuando quiebran sucesivamente es obvio que al declararse la primera quiebra no existe ningún obstáculo para la operatividad de la presunción muciana. El problema se plantea respecto a la segunda⁶⁶.

⁶⁵ Cfr. art. 1366 LEC.

⁶⁶ La dificultad fue advertida en Francia por HOUIN, "Faillite-Règlement judiciaire", en *Enc. Dalloz*, II, Paris, 1957, nº 2279, señalando que "el decreto de 1955 no ha previsto el supuesto de la quiebra de ambos esposos. Parece imposible encontrar una solución lógica, ya que cada una de las masas tiene el derecho de oponerle a la otra la presunción".

En Italia la doctrina mayoritaria defiende la inaplicabilidad sobre la base de dos argumentos: la aplicación lleva a un absurdo trasvase entre ambas masas (Véanse FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 387, y SATTA, *Diritto fallimentare*, 2ª ed. aggiornata ed ampliata da Romano VACCARELLA e Francesco P. LUISO, Padova,

La presunción podría operar siempre que el periodo de retroacción de la segunda no coincida con el de la primera pues, de coincidir ambos periodos, las adquisiciones realizadas por el primer quebrado serían nulas (art. 878, párr. 2º C. com.)⁶⁷. Este razonamiento es válido respecto a la coincidencia de los periodos de retroacción, pero no en cuanto a la solución, implícita, que ofrece para los casos de no coincidencia –operatividad de la presunción muciana–, pues olvida que los principios rectores de la quiebra no permiten que se detraigan bienes de la masa de una quiebra para satisfacer a unos acreedores ajenos a la misma (los de la segunda quiebra). Cuando las quiebras son simultáneas, bien porque son comerciantes individuales, bien porque son socios de una misma sociedad personalista, la presunción muciana es, igualmente, inaplicable⁶⁸. En el primer caso las dificultades que se plantean son las mismas que cuando se trata de quiebras sucesivas. En el segundo caso, *a fortiori*, hay que tener en cuenta la superposición de la quiebra social y de la quiebra personal⁶⁹. Como es sabido, la quiebra de una sociedad colectiva o comanditaria acarrea la de los socios que tengan en ellas responsabilidad solidaria (art. 923 C. com.), es decir, los socios colectivos (art. 127 C. com.) y aquellos socios comanditarios que hubieren incluido su nombre o hubieren consentido su inclusión en la razón social (art. 147 C. com.). La particularidad de este supuesto radica en que los esposos responden conjuntamente, siendo palmaria la incongruencia de un trasvase entre las masas patrimoniales, lo que determina la inaplicabilidad, una vez más, de la presunción muciana.

1990, pág. 256); la inaplicabilidad no viene determinada por la quiebra, sino por el dato previo de la actividad empresarial ejercida por ambos (SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., pág. 224).

⁶⁷ TORTORICI PASTOR, "En torno a la muciana moderna...", cit., pág. 1206.

⁶⁸ TORTORICI PASTOR, "En torno a la muciana moderna...", cit., pág. 1205, se pronuncia también por la inoperancia, pero sobre la base de que "no tiene sentido presumir que la mitad de los bienes adquiridos a título onerosos por la esposa durante un determinado periodo de tiempo le han sido donados por el marido y que los adquiridos a título oneroso por éste último durante el mismo periodo le han sido donados en su mitad por la esposa".

⁶⁹ Sobre este tema véanse SANCHEZ CALERO, "Sobre el sometimiento a la quiebra de los socios colectivos", en *RDM*, 1956, págs. 7 y ss., y URÍA, "Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades", en *RDM*, 1946, págs. 7 y ss.

3.- Adquisición realizada por el cónyuge *in bonis*

El legislador habla de bienes adquiridos por el cónyuge del declarado en quiebra o concurso. La aparente simplicidad del enunciado no es tal. El hecho de la adquisición en sí es incontestable, pero no el cómo se ha adquirido o, mejor dicho, quién adquiere.

En el régimen de separación no hay bienes comunes, sino, sólo, como es sabido, bienes privativos⁷⁰, con lo que el hecho de la adquisición es determinante con independencia de quién haya aportado los medios, lo que puede suponer, como iremos viendo, que la aplicación de la muciana sea un contrasentido.

3.1.- Adquisición con fondos propios

Este parece ser el supuesto más común y el que está en la base de la presunción muciana. Lo normal es que se adquiriera con medios propios (lo que en sí no plantea ningún problema) en virtud de la mayor o menor autonomía patrimonial que con cada régimen matrimonial conservan los esposos pero, en la duda, el legislador presume que hubo una donación del quebrado, y a partir de ahí se pone en marcha el mecanismo de la presunción muciana.

3.2.- Adquisición con fondos del quebrado

El hecho de que el cónyuge adquirente no tenga que demostrar que el dinero empleado en la adquisición era privativo no significa que esos fondos necesariamente le pertenecieran. Los fondos pueden pertenecer en todo o en parte al quebrado, lo que nos lleva a preguntarnos de quién son los bienes adquiridos.

La doctrina se muestra dividida en un triple frente al responder a esta cuestión. Para unos, en las adquisiciones que se realicen constante matrimonio, se aplicará el principio de subrogación real y el bien adquirido será del cónyuge al que perteneciera

⁷⁰ Recuérdese que todo lo que se diga sobre el régimen de separación en punto a funcionamiento durante su vigencia es aplicable al régimen de participación.

la prestación realizada⁷¹. Para otros, el principio de subrogación real es inútil e inoperante en el régimen de separación de bienes⁷². Por último, hay quienes, sin desconocer la importancia que en determinados casos tiene la subrogación real en el régimen de separación, consideran que, en principio, y con independencia de cuál sea el cónyuge propietario de los fondos, la titularidad del bien adquirido pertenecerá a aquel a cuyo nombre se realizó la adquisición sin perjuicio de las relaciones obligatorias que se puedan crear entre los esposos. Por tanto, cuando un cónyuge adquiere con fondos del otro hay que acudir a los principios del Derecho de obligaciones y, en consecuencia, el carácter privativo del bien adquirido recae en cabeza del adquirente incluso cuando ha sido financiado –como se presume en este caso– por el otro esposo, pues aplicar la subrogación real en el régimen de separación sería tanto como admitir que una persona adquiriera la propiedad de una cosa sin ser parte en el negocio constitutivo del título de adquisición y tan sólo por el hecho de que el otro contratante, su consorte, haya dado a cambio de la cosa dinero propiedad de su esposo, siendo entonces un cónyuge órgano de adquisición del patrimonio del otro⁷³.

Lo cierto es que la absoluta independencia de los patrimonios de los cónyuges que caracteriza el régimen de separación es sólo teórica, y que la aparente simplicidad del régimen no es más que un disfraz que oculta la complejidad real del mismo.

⁷¹ DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., pag. 223, nota 1, y MASOT MIQUEL, "Comentarios a los arts. 3 y 4 de la Compilación balear", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XXXI-1, Madrid, 1980, págs. 63 y ss., pág. 91.

⁷² LACRUZ, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 398; DELGADO ECHEVERRIA, *El régimen matrimonial de separación de bienes...*, cit., págs. 147-148, y MARIN PADILLA, "Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de familia", en *RCDI*, 1978, págs. 717 y ss., pág. 717.

No obstante, hay que tener presente que estos autores escribieron antes de la reforma del 81, y que entonces no había ningún precepto que atendiera a la confusión de patrimonios tal y como hace el vigente art. 1441 C.C., caso para el que es útil el principio de subrogación real: "en el supuesto de que sin poder demostrarse cuál de los cónyuges ha realizado la adquisición de un determinado bien, sí puede probarse que se hizo mediante la contraprestación de dinero o bienes pertenecientes en exclusiva a uno de los cónyuges" (REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág. 112, texto y nota).

⁷³ PARA MARTIN, "La Presunción Muciana en el Derecho Civil...", cit., pág. 50, y VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Madrid, 1982, pág. 399.

3.2.1.- Adquisición mediando apropiación indebida de fondos del quebrado

El supuesto en el que el cónyuge del quebrado posee en precario unos bienes de éste para darles destino en interés del mismo y se los apropia indebidamente mantiene dividida a la doctrina. Para unos, es el propietario del dinero y no el poseedor precario quien subroga los bienes adquiridos, aunque éstos se hayan adquirido a nombre del poseedor⁷⁴. Para otros, no se produce la subrogación a nombre del propietario del dinero, sino que el titular del bien seguirá siéndolo el adquirente sin perjuicio de las consecuencias de su actuación ilícita⁷⁵.

El aceptar una u otra interpretación nos conduce a resultados muy dispares en cuanto a la aplicación de la presunción muciana.

Admitida la subrogación a nombre del cónyuge del quebrado, es decir, del adquirente, la situación de hecho se identifica con los presupuestos del art. 1442, siendo aplicable, o cuando menos funcional, la presunción muciana. Sin embargo, y curiosamente, demostrado que los bienes empleados en la adquisición eran del quebrado a lo que se llega es a la impugnación de un acto ilícito del cónyuge en vez de a la impugnación de un acto gratuito del quebrado tal y como pretende el art. 1442; lo que vuelve a poner de manifiesto que la aplicación del precepto hace que éste se vuelva contra su propio fin.

Si se acepta la subrogación a nombre del quebrado la presunción muciana resulta inaplicable, pues no existe un desembolso del cónyuge sino del propio quebrado, lo que nos lleva a aplicar los mecanismos de reintegración de la masa del Código de comercio.

⁷⁴ SAVATIER, *La séparation de biens en droit français*, Paris, 1973, pág. 74.; MASOT MIQUEL, "Comentarios...", cit., págs. 104-105.

⁷⁵ DELGADO ECHEVERRIA, *El régimen matrimonial de separación de bienes...*, cit., págs. 307-308, y REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág. 114.

3.2.2.- Adquisición mediando consentimiento del quebrado

Junto a los casos de disposición ilícita hay otros supuestos en los que el cónyuge *in bonis* ha utilizado con su consentimiento fondos del quebrado. Veamos algunos supuestos concretos y los efectos adversos que, una vez más, produce la aplicación de la presunción muciana.

- Si el quebrado entrega a su consorte, a título de **préstamo**, fondos de su propiedad para que éste adquiera para sí un bien, el cónyuge *in bonis* al recibir el dinero adquiere su propiedad según dispone el art. 1753 C.C.⁷⁶ y, por lo tanto, será él quien subrogue el bien adquirido sin que el quebrado –inicialmente propietario del dinero– tenga más derecho que la restitución del préstamo y sin que el incumplimiento de la obligación de restituir suponga que el quebrado ostenta algún derecho sobre el bien adquirido.

El supuesto cubre los requisitos de la presunción muciana: se trata de una adquisición a título oneroso realizada por el cónyuge del quebrado. Si se aplica la presunción muciana únicamente se reintegrará la mitad de lo adquirido mientras que lo procedente –en aras de la protección de los acreedores– sería impugnar el contrato de préstamo, como acto del quebrado y perjudicial para sus acreedores, para así recuperar la totalidad de los fondos prestados.

Así pues, la presunción muciana sólo será efectiva cuando el préstamo sea anterior a la fecha de retroacción y la adquisición se haya efectuado en el plazo previsto, lo que, aunque no imposible, no casa demasiado fácilmente con una prolongada tenencia de los bienes, para proceder a la adquisición de los bienes justamente en el año anterior a la declaración de la quiebra.

- Cuando un cónyuge adquiere un bien a su nombre con dinero perteneciente al otro y con su consentimiento podemos encontrarnos ante un **mandato no representativo**. En él el mandatario actúa en nombre propio pero por cuenta del

⁷⁶ "El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, **adquiere su propiedad**, y está obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad".

mandante sin que la relación representativa trascienda a los terceros. ¿Qué efectos tiene esa representación sobre la titularidad del bien adquirido? La doctrina discute si mediando un mandato no representativo entre cónyuges la propiedad del bien adquirido por el mandatario a su nombre pasa directamente al cónyuge mandante o si quien adquiere es el mandatario aunque con la obligación de transmitir posteriormente la propiedad al otro. Una parte de la doctrina sostiene que la propiedad del bien la adquiere directamente el mandante –en nuestro caso el quebrado– y no el mandatario⁷⁷, estableciéndose las obligaciones del negocio entre el mandatario y los terceros a tenor del art. 1717 C.C.⁷⁸. Otro sector de la doctrina mantiene que el propietario lo es el mandatario –cónyuge *in bonis*–, con una posición real de propietario absoluta, aunque provisional, pues tiene la obligación de transmitir el bien al mandante –quebrado–⁷⁹. Llevadas estas interpretaciones al terreno que nos interesa, el propietario del bien será el quebrado, y sentada su propiedad, la aplicación de la presunción muciana nos lleva, una vez más, a obtener la mitad de lo adquirido en lugar de la totalidad que obtendríamos impugnando ese acto oneroso según las normas del Código de comercio.

– La entrega de fondos de un cónyuge –quebrado– al otro –*in bonis*– con los que éste ha procedido a la adquisición de un bien en nombre propio puede ser constitutiva de una **donación**. Al permitir el nuevo art. 1323 C.C. todo tipo de contratos entre cónyuges⁸⁰, las donaciones son plenamente válidas y, en principio, irrevocables, de modo que el tema de si lo donado es el dinero o el bien adquirido es, en líneas generales, una cuestión entre cónyuges de importancia secundaria. Sin embargo, pueden plantearse problemas en aquellas ocasiones en las que la ley admite

⁷⁷ Véase DIEZ PICAZO, *La representación en derecho privado*, Madrid, 1979, págs. 266–267.

⁷⁸ "Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario".

⁷⁹ NUÑEZ LAGOS, "Mandatario sin poder", en *RDP*, 1946, págs. 609 y ss., pág. 618.

⁸⁰ Véase *supra*, capítulo VII, apdo. IV.

la revocación de las donaciones⁸¹ o cuando se presenta un caso de nulidad por defecto de forma⁸², pues en tales supuestos sí es necesario determinar si la donación lo ha sido del bien o del dinero.

Demostrada la existencia de una donación en la que el donante es el quebrado y el donatario su consorte y lo donado no es un bien (supuesto al que no es aplicable la presunción muciana por ser una adquisición a título gratuito) sino dinero, hay que distinguir dos supuestos: que la donación del dinero sea independiente de la adquisición del bien; que la donación se haya realizado para la adquisición de un determinado bien.

Si la donación del dinero es independiente de la adquisición del bien, aun cuando el numerario empleado en la adquisición haya sido el donado, cosa, por otra parte, poco menos que imposible de demostrar salvo que el cónyuge del deudor carezca totalmente de patrimonio, nos inclinamos por la donación pura y simple del dinero, lo que no interfiere para nada el mecanismo de la presunción muciana; cosa distinta será la impugnación de esa donación por la vía del art. 882 C.com.

Si la donación del dinero se ha realizado para la adquisición de un determinado bien, la situación varía y se complica: el cónyuge donatario *-in bonis-* gestiona la compra y recibiendo el dinero del donante *-quebrado-* realiza el contrato con el tercero. La cuestión radica en si lo donado es el dinero o el bien adquirido. La asimilación del supuesto a la simulación por interposición de persona hace inoperante la voluntad presunta de las partes, de forma que el bien constituye el objeto de la donación, ya que no sólo el dinero es del quebrado sino también la ganancia o pérdida que suponga la compra, pues el dinero se dió para tal compra⁸³. Sin embargo, la simulación por interposición de persona precisa el acuerdo de las tres partes y si el quebrado no aparece para nada en la relación no hay acuerdo simulatorio ni interposición de persona. Así pues, no mediando una relación representativa, y dada

⁸¹ Véanse los arts. 644 y 647 C.C.

⁸² Véase el art. 633 C.C.

⁸³ CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pág. 344. [Es reproducción facsímil de la 2ª tirada de la edición original publicada en 1971].

la independencia de los patrimonios de los cónyuges, no cabe la aplicación del principio de subrogación real y, por tanto, lo donado será el dinero y no el bien, sin que quepa plantear la nulidad de la donación por defecto de forma⁸⁴.

Una vez determinado que lo donado es el dinero y no el bien adquirido, puede ponerse en funcionamiento el mecanismo de la presunción muciana en lo que al bien adquirido se refiere. Sin embargo, demostrada por los acreedores la donación del dinero, se produce una superposición del art. 1442 C.C. y del art. 882 C. com. La donación del dinero será objeto de la revocatoria prevista en el art. 882⁸⁵ y la adquisición del cónyuge del deudor lo será de la presunción muciana. Si el cónyuge del quebrado no puede enervar la presunción, se producirá –por su aplicación– un enriquecimiento injusto de la masa, pues se reintegrará por dos vías diferentes un mismo supuesto: de una parte, la totalidad del dinero donado; de otra, la mitad del bien adquirido⁸⁶.

3.3.– Adquisición del propio cónyuge

A la vista del nuevo art. 1458 C.C.: "El marido y la mujer podrán venderse bienes *recíprocamente*" –refrendo de la libertad de contratación entre cónyuges que proclama el nuevo art. 1323 C.C.–, no hay nada que impida que el vendedor del bien adquirido por el cónyuge del quebrado lo sea el propio quebrado. Por otra parte, la norma no especifica quién sea el vendedor, lo que nos permite elegir entre considerar aplicable la presunción muciana o, por el contrario, no considerarla aplicable⁸⁷. En

⁸⁴ En este sentido, PARA MARTIN, "Donación entre cónyuges. Presunción Muciana. Sentencia de 8 de marzo de 1968", en *RJC*, 1969, págs. 68 y ss., pág. 70.

⁸⁵ Véase supra, capítulo X, apdo. III, 3.2.2.3.

⁸⁶ No obstante esta construcción, véase infra apdo. IV,2.2.

⁸⁷ La doctrina italiana ofrece todo tipo de soluciones: aplicación incondicional (AZZOLINA, *Il fallimento...*, cit., I, pág. 527); exclusión radical (TEDESCHI, "Natura de la c.d. presunzione muciana", cit., pág. 378) e incluso aplicación, a nuestro juicio, forzada e injustificada, afirmando que si el vendedor es el quebrado se presume que el bien no ha sido totalmente pagado (SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., pág. 221).

La doctrina alemana se manifiesta unánimemente en contra de la aplicación, poniendo de relieve que la ley habla de bienes adquiridos con medios del quebrado y no del deudor quebrado [mit Mitteln des Gemeinschuldners; nicht: vom

cualquier caso, vaya por delante nuestra opinión contraria a la aplicabilidad de la presunción muciana cuando el vendedor es el quebrado.

El hecho de que el vendedor sea el propio cónyuge nos sitúa en el campo de los negocios entre personas vinculadas; negocios que reciben un trato especialmente severo en los derechos alemán e italiano⁸⁸ y a los que el legislador español no ha dedicado una atención especial⁸⁹. Ahora bien, esa falta de regulación específica no significa que dichos actos no reciban sanción. Casi con toda seguridad podemos afirmar que una compraventa entre cónyuges va a ser sancionada por una de estas dos vías: bien por la aplicación del art. 878, párr. 2º C. com. (nulidad de los actos de dominio y administración del quebrado posteriores a la fecha de retroacción); bien por la del art. 882 C.com. (revocación a instancia de los acreedores de toda donación o contrato celebrado en los dos años anteriores a la quiebra, si llegare a probarse

Gemeinschuldners] (Véase, por todos, JAEGER, *Kommentar zur KO...*, cit., I, pág. 808).

La doctrina española, por su parte, se muestra unánime en cuanto a no distinguir que las adquisiciones hayan sido hechas del otro cónyuge o de un tercero, véase, por todos, DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., pág. 414.

⁸⁸ En Alemania el ejercicio de la acción de impugnación (art. 31 KO) se ve favorecido cuando el tercero contratante con el quebrado en el negocio impugnado es alguna de las personas especificadas en el párrafo 2 de dicho artículo: el cónyuge del quebrado y los parientes directos o colaterales del quebrado o de su consorte. En este caso el síndico no necesita probar, al establecerse una presunción absoluta, la intención del deudor de perjudicar a los acreedores, y el conocimiento de los adquirentes del deudor quebrado sobre la intención fraudulenta de éste se sustituye por una presunción relativa.

En Italia el art. 69 LF prevé un régimen más severo para la aplicación de la acción revocatoria a los negocios concluidos entre cónyuges, estableciendo que todos los negocios del tipo de los indicados en el art. 67 LF (a título oneroso, pagos y garantías) realizados entre cónyuges, cuando uno de ellos era comerciante, son revocables, salvo que el cónyuge in bonis pruebe que desconocía la situación económica del quebrado. El régimen es más rígido, pues no establece limitación temporal alguna y, además, añade una presunción relativa de conocimiento del estado de insolvencia que, dada la convivencia marital, resulta más difícil de destruir.

⁸⁹ Las normas que prohibían la celebración de ciertos contratos entre cónyuges justificaban esa falta de regulación. Ahora bien, una vez establecido que el marido y la mujer pueden transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos (art. 1323 C.C.) no deja de causar cierta perplejidad el silencio del Anteproyecto de Ley Concursal con el consecuente sometimiento de estos negocios al régimen ordinario de reintegración. Para una crítica del silencio del ALC, véase MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., pág. 164.

cualquier especie de suposición o simulación hecha en fraude de aquéllos). El primer precepto, como es sabido, opera automáticamente; la aplicación del segundo se ve favorecida por la presunción de fraude que comporta la convivencia matrimonial. Cuál de los dos preceptos sea el aplicable es irrelevante, en principio⁹⁰, de cara a una posible entrada en juego de la presunción muciana: cualquiera de ellos implica una sanción más rigurosa. Y puesto que es más grave el supuesto de una compraventa entre esposos que la donación que presume el art. 1442 C.C. es por lo que, a nuestro juicio, no debe aplicarse la presunción muciana cuando el vendedor es el propio quebrado.

4.- Adquisición a título oneroso

El hecho base de la presunción del art. 1442 C.C., que se nos presenta como incuestionable, coincide con el de las manifestaciones de la presunción muciana que se recogen en otros ordenamientos jurídicos: las adquisiciones que realice el cónyuge del quebrado deberán serlo a título oneroso, quedando totalmente descartadas las que lo sean a título gratuito.

Ahora bien, aunque es elogiable la coincidencia en este punto con la legislación comparada, no deja de ser criticable el que, teniendo el legislador in mente una actitud fraudulenta de los esposos y persiguiéndose una protección de los acreedores del concursado o quebrado, no se contemplen los casos de doble simulación y puestas a nombre a través de donación.

4.1.- Bienes objeto de la adquisición

En la actualidad el concepto de bienes ha sido doctrinalmente aclarado y la aparente contradicción entre bienes y cosas ha sido superada. Biondi⁹¹ comenta la distinción entre ambos conceptos: la idea de cosa alude a una entidad objetiva de por sí, mientras que la de bien se refiere a una utilidad concerniente al sujeto, utilidad que es producida por la cosa; ésta es la utilidad objetiva y el bien, el contenido del derecho

⁹⁰ Véase infra, apdo. IV, 2.2.

⁹¹ *I beni*, Torino, 1953, pág. 15.

subjetivo. No obstante, afirma que esta distinción es irrelevante desde el punto de vista jurídico positivo, y por ello admite que en el marco de la terminología técnica se sustituya el término cosa por el de bien.

Nuestro Código Civil, utilizando sentidos diversos, habla indistintamente de bienes o cosas en diferentes artículos.

El 346 hace equivalentes ambos conceptos al hablar de "cosas o bienes muebles" y de "cosas o bienes inmuebles". En los arts. 659 (elementos comprendidos en la herencia) y 1024 (pérdida del beneficio de inventario) bien se asimila a cosa en sentido jurídico. El 336 equipara ciertos derechos de crédito (rentas o pensiones) a cosas muebles, y el 1283 se refiere a cosas en un sentido amplio.

Hay artículos en los que se distingue claramente entre cosas y derechos. El 348 establece que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa. El 437 distingue entre cosas y derechos susceptibles de apropiación. Otros preceptos aluden inequívocamente a cosas en sentido objetivo: el 375 y el 376 referidos a la unión de cosas muebles y a la determinación de cuál de dos cosas es la principal.

En otro grupo de artículos la palabra bien se refiere a todo elemento patrimonial del activo: el 667 define el testamento como el acto por el cual se dispone de todos o de parte de los bienes; el 806 al definir la legítima y el 1023 al establecer el beneficio de inventario.

Superada la crítica de esta equiparación⁹², la doctrina dominante acepta esta variedad de sentidos e indica que el vocablo abarca todos los entes y conductas que son objeto de una titularidad, incluidos los derechos de cualquier clase, aunque no tengan por objeto una cosa concreta⁹³.

⁹² MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, III, Madrid, 1952, pág. 14, para quien el derecho no es una cosa sino un relación.

⁹³ Véase, por todos, LACRUZ (-SANCHO), *Elementos de Derecho civil, I, Parte general*, Barcelona, 1974, pág. 213.

A la vista de estas precisiones, del contenido del art. 333 C.C., "todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles", y de que el art. 1442 C.C. sólo habla de "bienes adquiridos", estimamos que el objeto de la presunción lo constituyen todos los bienes y derechos adquiridos por el cónyuge del quebrado, sin que deba matizarse esta afirmación por la existencia de supuestos poco claros.

La aserción tiene su fundamento en que, mientras en la legislación comparada se parte de presumir de propiedad del quebrado los medios empleados por su cónyuge en la adquisición, en nuestro ordenamiento sólo se presume la donación de la mitad **del bien adquirido**, no habiendo más límites que el estar fuera del comercio de los hombres (art. 1271 C.C.).

Ahora bien, ello no quiere decir que no se tenga en cuenta la existencia de otras normas, cuya aplicación puede provocar interferencias en el funcionamiento de la presunción muciana. Así, por ejemplo, las relativas a los incrementos o mejoras en un bien privativo del cónyuge quebrado: dado que el art. 1442 C.C. no presume que los medios empleados en la adquisición sean del quebrado y que según el art. 353 C.C., la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les incorpora, natural o artificialmente, ¿prevalece la presunción muciana sobre la accesión?. De prevalecer la presunción muciana, cuando la accesión se haya efectuado de buena fe, el quebrado deberá abonar los gastos o el aumento de valor que por ella haya adquirido la cosa, pudiendo, además, en caso de gastos necesarios, retener el cónyuge no deudor la cosa hasta que se le satisfagan dichos gastos⁹⁴. Parece claro que la solución debe ser la contraria, es decir, preferencia de la accesión sobre la muciana, pues de lo contrario, una vez más, la aplicación de la presunción muciana hace que ésta se vuelva contra su propio fin.

4.2.- Pago del precio

De la lectura del art. 1442 C.C. parece deducirse que tanto la adquisición, como el pago del precio se han producido en el año anterior a la declaración o en el periodo

⁹⁴ Cfr. arts. 361 y 453 C.C.

a que alcance la retroacción. Y esto es lo que hemos venido dando por supuesto hasta ahora. Sin embargo, no siempre es así. Partiendo de un contrato tipo, la compraventa, puede suceder que el pago no se haya verificado en el tiempo marcado por el legislador.

4.2.1.- Pago no simultáneo a la adquisición

Los supuestos que creemos que se pueden plantear son dos: que el bien haya sido adquirido antes del plazo y pagado dentro del mismo; que haya sido adquirido en el plazo señalado y pagado después de la declaración de quiebra.

Cuando el bien adquirido ha sido entregado con anterioridad y pagado en el plazo marcado por el legislador, no cabe aplicar la presunción muciana, pues el hecho de que se haya estipulado un momento posterior para el pago no interfiere, a nuestros efectos, en la vida del contrato. Por tanto, si no hay hecho base, no se puede verificar el hecho presunto.

Cuando la adquisición se produce en el año o en el periodo a que alcance la retroacción, y el pago se efectúa después de declarada la quiebra, la solución, por la misma razón, es la inversa: debe aplicarse la presunción porque se da el hecho base, y, a diferencia de lo que sucede en el Derecho italiano, no cabe excluir su aplicación por causa del desapoderamiento del quebrado, ya que el art. 1442 C.C. presume la donación de la mitad del bien adquirido y no el pago del mismo con medios del quebrado⁹⁵ y, por tanto, técnicamente, quien paga es el cónyuge del deudor. Otra cosa es cómo haya podido donar el quebrado la mitad de un bien pagado tras la declaración de quiebra. Y aquí si es aplicable la construcción de la doctrina italiana: desapoderado el quebrado, no puede disponer de sus bienes, y por tanto, aunque la adquisición cubra los requisitos que se han ido examinando, resulta imposible el efecto donación que se presume.

⁹⁵ FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 386, y SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., pág. 150.

4.2.2.- Pago parcial o aplazado: especial referencia a la compraventa con reserva de dominio

Cuando la entrega de la cosa se haga en varios periodos, si no resulta ser otra la intención de los contratantes, hay que entender que con cada entrega parcial deberá coincidir el pago de la parte de precio que corresponda. Esto puede dar lugar a que la presunción muciana sólo sea aplicable a una porción ínfima del bien, es decir, que únicamente se pueda presumir la donación de la mitad de la parte del bien que se ha entregado y cuya propiedad ha adquirido el cónyuge del quebrado.

En relación con el pago parcial o aplazado hay que tener en cuenta la posible existencia de un pacto de reserva de dominio.

Las ventas de bienes muebles a plazos a las que se incorpora una cláusula de reserva de dominio están sometidas a la normativa especial de la Ley de ventas a plazos de bienes muebles de 17 de julio de 1965. Según los arts. 2º y 9º de la Ley, por venta a plazo se entenderá, a los efectos de esta Ley, el contrato mediante el cual el vendedor entrega al comprador una cosa mueble corporal y recibe de éste en el mismo momento una parte del precio, con la obligación de pagar el resto diferido en un periodo de tiempo superior a 3 meses y en una serie de plazos; el contrato sólo quedará perfeccionado cuando el comprador satisfaga, en el momento de la entrega o de la puesta a disposición del objeto vendido, el desembolso inicial, y si el vendedor entrega la cosa sin haber recibido simultáneamente el desembolso inicial, perderá el derecho a exigir el importe de éste, y la obligación de pago del comprador se entenderá reducida al importe del resto del precio, conservando el derecho a hacerlo en los plazos convenidos⁹⁶.

Cubiertos los requisitos previstos en los arts. 5 y 6, forma escrita y contenido mínimo del documento, perfeccionado el contrato en los términos del art. 9 e inscrito

⁹⁶ Sobre la alteración del esquema consensual de la compraventa véanse BALDO DEL CASTAÑO, *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Madrid, 1974, págs. 65 y ss.; BERCOVITZ, "Las ventas a plazos de bienes muebles (Ley de 17 de julio de 1965)", en *ADC*, 1966, págs. 117 y ss., pág. 134-135, y SALVADOR BULLON, *Las ventas a plazos según la nueva Ley*, Madrid, 1966, pág. 45.

el mismo en el Registro de venta a plazos de bienes muebles, la reserva de dominio deja de tener efectos sólo inter partes y pasa a ser oponible a terceros. Si, ya vigente el contrato, el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos, el vendedor podrá optar por exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato⁹⁷.

Llegados al momento del impago por parte del comprador, el tema de la reserva de dominio cobra relieve a los efectos de nuestro estudio.

Según se acepte una u otra de las dos posturas –irreductibles– sobre la configuración de las ventas a plazos con cláusula de reserva de dominio, se producirán unas consecuencias dispares en relación con la presunción muciana.

Si aceptamos que la compraventa con reserva de dominio es una compraventa sometida a condición suspensiva, la entrega de la cosa al comprador no transmite la propiedad en tanto no se satisfaga la totalidad del precio. Por tanto, verificado el precio con posterioridad a la declaración en quiebra del cónyuge del adquirente, la presunción muciana resulta inaplicable al no haber objeto –propiedad del cónyuge *in bonis*– cuya donación pueda presumirse. Y esto plantea una dificultad –irresoluble– que ya había sido detectada, si bien con los matices propios de la formulación de la presunción muciana que contiene el art. 70 de la *Legge Fallimentare*, por la doctrina italiana⁹⁸: una vez declarada la quiebra, se produce el desapoderamiento del quebrado con la correspondiente indisponibilidad de sus bienes, y desapoderado el quebrado, el retraso en el pago sirve para eludir la presunción muciana.

Si, por el contrario, aceptamos que la cláusula de reserva de dominio se configura como un derecho real de prenda o de garantía similar a la hipoteca mobiliaria, entonces la propiedad pasa al comprador de la cosa, y el incumplimiento o el retraso no dan lugar a la inaplicabilidad "directa" de la presunción muciana, aunque puede suceder que el vendedor opte por exigir la resolución del contrato.

⁹⁷ Para un análisis del tema de los plazos impagados véase BERCOVITZ, "Las ventas a plazos...", cit., pág. 166.

⁹⁸ Véase, por todos, FERRARA, *Il fallimento*, cit., pág. 386.

Resuelto a tiempo el contrato, no cabe aplicar la presunción muciana, y si se insta la resolución con posterioridad a la declaración de quiebra se producen los mismos efectos que en el supuesto, que veremos a continuación, de no pago del bien por parte del cónyuge del quebrado.

Por otra parte, el que estando en vigencia un contrato de venta a plazo con reserva de dominio se declare la quiebra o el concurso del vendedor⁹⁹ no repercute en la aplicación de la presunción muciana. No obstante, veamos brevemente cómo está el tema. Los defensores de la configuración como derecho real de prenda o de garantía similar a la hipoteca mobiliaria¹⁰⁰, al sostener la adquisición de la propiedad por el comprador, admiten implícitamente que el vendedor, en este caso los síndicos, como representantes de la masa, tienen un derecho de crédito frente al comprador. Los defensores de la teoría de la compraventa sometida a condición suspensiva¹⁰¹ llegan a la misma posición, admitiendo que el comprador pague el precio quedándose con la cosa vendida en propiedad¹⁰².

4.2.3.- Impago

Si entregada la cosa adquirida, el cónyuge del quebrado incumple su obligación de pagar el precio, y constituido en mora –lo que fija con certidumbre el hecho del incumplimiento–, el tercero enajenante opta por exigir la resolución¹⁰³ del contrato¹⁰⁴,

⁹⁹ Sobre la quiebra del comprador véase BALDO DEL CASTAÑO, *Régimen jurídico...*, cit., págs. 246–276, y en relación con al adaptación del derecho español al derecho concursal comunitario o, dicho de otro modo, al Proyecto de Convenio sobre quiebras, convenios y procedimientos análogos, véase GARCÍA VILLAYERDE, "El Derecho concursal comunitario", en *DA*, nº 202, 1984, págs. 145 y ss., págs. 184–188.

¹⁰⁰ BERCOVITZ, *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1971, pág. 121; BALDO DE CASTAÑO, *Régimen jurídico...*, cit., pág. 274; FINEZ RATON, *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992, pág. 122.

¹⁰¹ GARRIGUES, *Tratado de derecho Mercantil*, III-1, Madrid, 1964, pág. 384.

¹⁰² RAMIREZ LOPEZ, *Derecho concursal español. La quiebra*, II, Barcelona, 1959, págs. 493–494.

¹⁰³ Sobre la acción resolutoria véase DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho*

es evidente que, al faltar el hecho base, no es aplicable la presunción muciana.

Ahora, si la acción para pedir la resolución se insta tras la declaración de quiebra, puede suceder que se haya aplicado la presunción muciana y que la mitad del bien –no adquirido– haya sido integrado en la masa. Dado que el cónyuge *in bonis* no tiene ni necesidad, ni interés en enervar la presunción ¿cuál es la situación del tercero enajenante?. Puesto que la resolución supone la extinción de la relación contractual no sólo para el futuro, sino con carácter retroactivo, con la consecuencia del reintegro a cada contratante de las prestaciones que aportaron, no se produce indefensión del vendedor, ya que no hay ningún obstáculo técnico para que reclame la restitución de un bien afectado por la quiebra: al no ser el tercero enajenante acreedor del quebrado no se le pueden aplicar las disposiciones encaminadas a evitar que un acreedor –del quebrado– se coloque en una posición más ventajosa que el resto de los acreedores.

5.- Plazo

La reducción del tema de la determinación del plazo, en el que juega la presunción muciana, a la afirmación de que afecta a los bienes adquiridos durante el año anterior a la declaración o en el periodo a que alcance la retroacción de la quiebra¹⁰⁵, es un aspecto a considerar demoradamente.

El artículo 1442 C.C. contiene, en efecto, 2 plazos: uno, el año anterior a la declaración; otro, el periodo a que alcance la retroacción de la quiebra. El hecho de que en el texto legal medie entre los dos plazos una conjunción disyuntiva produce la sensación de que ambos plazos se excluyen. Sin embargo, y a nuestro juicio, no se

civil patrimonial, I, Madrid, 1983, págs. 854 y ss.

¹⁰⁴ Cfr. arts. 1124, 1503, 1504 y 1505 C.C.

¹⁰⁵ GARCIA CANTERO, *ob. cit.*, pág. 494; DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII-3, cit., pág. 414; ISAS I SOLANES, "Comentaris als articles...", cit., pág. 323; PUIG FERRIOL/ROCA TRIAS, *Instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1987, pág. 326, y REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág. 208.

produce esa exclusión. El plazo de un año opera siempre¹⁰⁶, tanto si se trata de concurso de acreedores, como de quiebra. De esta forma, y habida cuenta que la retroacción es facultativa y no preceptiva, cuando el juez decide retrotraer la quiebra, el plazo de un año subsiste, aunque subsumido, en el más amplio, por lo general, de la retroacción; si bien puede suceder que ambos coincidan o que el periodo de retroacción sea inferior al año. La solución contraria, entender que el plazo de un año sólo es aplicable cuando no hay periodo de retroacción¹⁰⁷, significa desconocer la aplicabilidad del art. 1442 C.C. al concurso de acreedores, y dejar fuera de plazo, y por tanto no afectadas por la presunción muciana, las adquisiciones realizadas en un plazo inferior al año y superior a un posible periodo de retroacción inferior al año en cuestión¹⁰⁸. Por otra parte, la determinación del plazo por referencia al periodo de retroacción puede servir por sí mismo para enervar la presunción al remontarse a un tiempo en el que todavía no se había celebrado el matrimonio.

En el marco de la peculiar construcción que de la presunción muciana hizo el legislador español, llama la atención que, junto a la benevolencia del plazo de un año¹⁰⁹, lo que supone un alivio importante de esta anacrónica institución, se incluya otro de duración indeterminada¹¹⁰, cuando esa indeterminación provocó en otros países

¹⁰⁶ En este sentido, MONTES PENADES, "Del régimen de separación de bienes", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, II*, cit., págs. 1914 y ss., pág. 1958, y TORTORICI PASTOR, "En torno a la muciana moderna...", cit., pág. 1209. También puede utilizarse como elemento de interpretación la letra del art. 264 ALC: "en el año anterior a la admisión a trámite de la solicitud de concurso o en el periodo a que alcance la retroacción, si éste fuese superior a aquél".

¹⁰⁷ MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., págs. 94-95.

¹⁰⁸ El ALC, como hemos indicado (véase supra, nota 106) matiza este tema de los plazos.

¹⁰⁹ La benignidad del plazo es criticada por MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico...", cit., pág. 112.

¹¹⁰ El error se repite en el art. 23 de la Compilación catalana pero no en el ALC, cuyo art. 181-1 establece un plazo máximo de retroacción de 2 años.

una viva polémica, resuelta, bien mediante una concreción del plazo¹¹¹, bien por la declaración de inconstitucionalidad de la presunción muciana¹¹².

IV.- EFECTOS

1.- Planteamiento de una segunda vía interpretativa

El análisis de los presupuestos de aplicación de la presunción muciana se ha venido realizando sobre la base de la interpretación corriente del art. 1442 C.C.: lo presumido es una donación del quebrado a su cónyuge.

Al examinar el punto relativo a la adquisición realizada por el cónyuge del deudor, hemos visto cómo puede suceder que los medios empleados por un esposo en una adquisición sean propiedad del otro. Por ello, sobre la base de esta posibilidad, a la luz de los antecedentes históricos, del Derecho comparado –nacional y extranjero– y de los Proyectos de reforma, y ahondando en el espíritu del texto, cabe abrir una segunda vía interpretativa en lo que a los efectos de la presunción muciana se refiere: lo presumido es que los medios empleados en la adquisición eran propiedad del quebrado.

¹¹¹ El legislador italiano de 1942 fijó el plazo en cinco años; el plazo ya había sido reclamado a principios de siglo y aunque no se plasmó en el proyecto de 1921 (*Riv. dir. comm.*, 1922, I, págs. 522 y ss.), sí fue acogido en el de 1924 (*Riv. dir. comm.*, 1924, I, págs. 237 y ss.)

¹¹² El Tribunal Constitucional alemán, por sentencia de 24 de julio de 1968 (*FamRZ*, 1968, págs. 437 y ss.) declaró la inconstitucionalidad del art. 45 KO, pues la ausencia de un límite temporal en la norma implicaba la funcionalidad de la presunción con respecto a todas las adquisiciones realizadas "durante el matrimonio", provocándose una responsabilidad del cónyuge no deudor que conducía a una "discriminación normativa" contra el matrimonio incompatible con el art. 6 de la Ley Fundamental: "el matrimonio y la familia están bajo la protección particular del orden estatal".

La posible inconstitucionalidad del art. 1442 C.C. –por atentar contra la propiedad privada– ya apuntada por VICENT CHULIA, *Compendio crítico de derecho mercantil*, I, Valencia, 1981, pág. 51, es replanteada, aunque veladamente, por MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., pág. 116, pero sin que su posible fundamento en el art. 39 de la Constitución (los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia) sea equiparable al razonamiento que motivó la decisión del Tribunal Constitucional alemán.

1.1.- Presunción de una donación del quebrado a su cónyuge

Como ya hemos visto, la doctrina se manifiesta unánime en cuanto a que la norma del art. 1442 tiene como consecuencia presumir una donación del quebrado a su cónyuge.

Las ventajas que los acreedores pueden sacar de esta norma son exiguas, dentro del marco general de la quiebra, pues su eficacia se limita en un doble ámbito: sólo alcanza a la mitad de los bienes¹¹³, limitación extraña y que hemos venido criticando, y segundo, se reduce a presumir una donación, salvo prueba en contra, sin añadir otras consecuencias¹¹⁴.

Ya que no se presume una adquisición con dinero del deudor común, sino la celebración de una donación por parte de éste en favor de su cónyuge, los efectos de la presunción tienen necesariamente que diferir de los previstos en la típica presunción muciana concursal.

La fórmula del legislador es poco afortunada, el presumir la donación por un esposo de un bien que el otro ha adquirido a título oneroso de un tercero –descartado ya que el vendedor lo sea el propio quebrado–, casa difícilmente con la realidad; no se acaba de entender que el objeto de una adquisición onerosa pueda ser al mismo tiempo objeto de una donación, siendo el sujeto adquirente el mismo en las dos operaciones –comprador y donatario–¹¹⁵.

¹¹³ Tanto el art. 23 de la Compilación catalana, como el art. 264 ALC se aproximan más al Derecho comparado al establecer presunciones que afectan a la totalidad de los bienes adquiridos. Con ello se obvia el reducido alcance previsto en el Código civil pero no la estructuración de estos dos preceptos, que les hace acreedores de las mismas consideraciones críticas a que estamos sometiendo la presunción del art. 1442 C.C.

¹¹⁴ Como señala MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico...", cit., pág. 113, la normativa de la Compilación catalana es más eficaz en este punto pues el art. 340-3 (no perjudicarán a los acreedores del donante las donaciones que éste otorgue con posterioridad a la fecha del hecho o acto del que nazca el crédito de aquellos, siempre que carezcan de otros recursos legales para su cobro), a pesar de sus limitaciones, permitiría la actuación directa contra el bien donado.

¹¹⁵ En este sentido, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, IV, cit., pág. 181.

La presunción de donación de la mitad conduce a la nulidad de esa donación, cuando dicha nulidad se encuentre establecida por especiales reglas concursales como ocurre en el caso de la quiebra, y determina la obligación del presunto donatario de reintegrar al patrimonio del presunto donante el valor de la donación. Y dado que la presunción atañe a una donación que se valora en la mitad de lo adquirido, en el caso de las adquisiciones plurales podrá referirse alternativamente a la mitad de cada bien o a la mitad del conjunto¹¹⁶.

1.2.- Presunción de que los medios empleados en la adquisición eran propiedad del quebrado

¿Quiso decir el legislador que la presunción se refiere a la procedencia del dinero empleado en la adquisición? Veamos qué posibilidades hay.

Aun a pesar de la mutación sufrida por la presunción muciana, hay un elemento constante en toda la evolución. En el Derecho romano: ante la procedencia inacreditada de la adquisición se presumía que ésta procedía del marido; en el Derecho común: los comentaristas se decantaron por dar relevancia al tema del precio, de forma que, ante la duda de su procedencia, se presumía proveniente del marido; en la construcción concursal: en la duda, es decir, salvo prueba en contrario, el dinero empleado se presume de propiedad del quebrado. En el Derecho catalán antiguo: acreditada la adquisición pero no la procedencia del precio, se presumía que el dinero procedía de donación del marido; en el nuevo art. 23 de la Compilación catalana: salvo que el adquirente disponga de medios, éstos se presumen donados por el quebrado; en el primer proyecto de reforma del Derecho de familia¹¹⁷: los medios se presumían de propiedad del quebrado; en el anteproyecto de ley concursal hay un reflejo del antiguo art. 23 de la Compilación catalana: justificada la adquisición pero no el precio, éste se presume procedente del quebrado.

¹¹⁶ Así lo entienden, entre otros, DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema...*, IV, cit., 224 y MONTES PENADES, "Del régimen de separación ...", cit., pág. 1959. En contra se manifiesta REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág. 208, para quien se presume la donación de la mitad indivisa de cada uno de los bienes considerados individualmente.

¹¹⁷ Véase supra, nota 36.

¿Existe esta construcción en el Código civil? Parece que así es si atendemos al juego conjunto, aunque matizado, de los arts. 1441 y 1442.

Según el art. 1441 C.C. "cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad". Esta presunción se destruye con la presentación del título formal de adquisición¹¹⁸. Si aplicamos el art. 1442 a los bienes adquiridos en el plazo previsto sin que se aclare quién fue el adquirente, la mitad correspondiente al no quebrado se dividirá a su vez en dos partes. Es decir, la mitad del cónyuge quebrado formará parte de la masa, y la mitad de la mitad del no quebrado se incorporaría también a la masa. Sin embargo, y aquí está el matiz, este hilo argumental no coincide con la intención –no explicada– del legislador, quien sólo presume el "medio fraude" en las adquisiciones individuales y exclusivas del cónyuge no deudor. Por tanto, el art. 1441 se nos ofrece como apoyo para dar un paso más en la interpretación del art. 1442. Si al legislador le parece insuficiente la acreditación del título formal de adquisición en los casos de concurso y quiebra, no resulta desatinado entender que el art. 1442 pide un plus de garantía: acreditar la procedencia de los medios empleados en la adquisición, es decir, destruir la presunción de que los medios son de propiedad del quebrado mediante la demostración de que son bienes privativos de su consorte¹¹⁹.

2.- Aplicación de los mecanismos de reintegración de la masa

Como ya hemos señalado, el art. 1442 C.C., al limitarse a presumir la existencia de una **donación** del bien o de los medios empleados en la adquisición careciendo del automatismo reintegrador necesario, hace que los acreedores no puedan cobrar directamente sobre los bienes¹²⁰; por ello, al margen de la acción rescisoria de

¹¹⁸ Véase supra, capítulo VII, apdo. V, 1,3 y capítulo IX, apdo. III,3.1.2.1.

¹¹⁹ La idea de ir más allá es sugerida, aunque dubitativamente, por LACRUZ (–SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., págs. 375 y 535, y recogida por DE LOS MOZOS, *Comentarios...*, XVIII–3, cit., pág. 413. Por su parte, MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico...", cit., pág. 113, la deja entrever aunque sin calibrar totalmente su alcance pues su argumentación va dirigida a precisar que la presunción de copropiedad del art. 1441 queda enervada con la sola presentación del título formal de adquisición.

¹²⁰ En contra, MARTINEZ-CALCERRADA, *El nuevo derecho de familia*, I, cit.,

los arts. 1291-3º y siguientes del Código civil¹²¹, hay que pensar que el juego presuntivo se habrá de realizar en el marco de los mecanismos de reintegración de la masa vigentes.

El punto de partida es causa de un desacuerdo doctrinal. La mayoría de la doctrina civilista estima que los acreedores tendrán que acudir a las acciones de los arts. 880 y 882 C. com.¹²². Por contra, la doctrina mercantilista, y también algún civilista, se inclinan por conectarlo con un mayor número de preceptos de los dedicados en el Código de comercio a la reintegración de la masa: de una parte, enlace con los arts. 879, 880-1º y 882¹²³; de otra, engarce con los arts. 878, párr. 2º a 882¹²⁴.

Para despejar las dudas sobre las normas concretas con las que habrá que conectar el negocio presumido, deberíamos proceder siguiendo el mismo esquema utilizado al exponer el sistema de reintegración de la masa, es decir, periodo de retroacción y las tres clases de negocios que se ven afectados por las acciones revocatorias: pagos anticipados, negocios a título gratuito y negocios a título oneroso. Sin embargo, dicho esquema debe alterarse necesariamente por reducción. La razón estriba en que el art. 1442 C.C. sólo presume la existencia de una "donación". Por ello, aun a pesar de las precisiones doctrinales mencionadas, la presunción muciana sólo puede jugar en el marco de la retroacción absoluta –con algunas peculiaridades que señalaremos– y en el de las donaciones, y no todas, sancionadas en el Código de comercio.

pág. 199, quien admite que los acreedores reclaman, sin más, al cónyuge adquirente no deudor ese 50% para imputarlo a sus créditos.

¹²¹ Sobre el funcionamiento de la acción rescisoria, véase, ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1987.

¹²² Véase, por todos, LACRUZ (–SANCHO), *Elementos...*, IV, cit., pág. 535.

¹²³ BISBAL MENDEZ, "Anotaciones mercantiles...", cit., págs. 369–370.

¹²⁴ MASSAGUER FUENTES, *La reintegración...*, cit., pág. 94 y REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág. 210.

2.1.- Durante el periodo de retroacción

Si en el procedimiento concreto de que se trate, el juez retrotrae la quiebra y el cónyuge *in bonis* no puede enervar la presunción que afecta a su adquisición onerosa, la donación del quebrado, como acto del quebrado posterior a la retroacción, se verá sancionada con la nulidad absoluta e intrínseca que se deriva del art. 878,2 del Código de Comercio¹²⁵.

La conexión con la sanción del art. 878, párr. 2º C. com. está supeditada, pues, a que el juez haya retrotraído la quiebra, siendo, en principio, indiferente el momento en el que se produjo la adquisición: el año anterior a la declaración de quiebra o en el periodo de retroacción.

En consecuencia, el enlace de la presunción muciana con la retroacción absoluta sólo es predicable de los supuestos concretos en los que se retrotraiga la quiebra y no como norma general.

Con todo, quizá lo más destacable de la conjunción de ambos preceptos sea la alteración que provoca la presunción muciana en el mecanismo de funcionamiento de la retroacción: la nulidad, al menos inicialmente, no opera automáticamente; es preciso que el cónyuge *in bonis* no haya podido enervar la presunción de donación; entonces, fijada con certeza la existencia de un negocio concluido por el quebrado, podrá operar la nulidad radical¹²⁶.

No obstante, no acaba de estar clara la ruptura del carácter automático de la

¹²⁵ Véase supra, capítulo X, apdo. III, 3.2.1.

¹²⁶ La ruptura del carácter automático de la nulidad en que se concreta la retroacción se produce de nuevo en una norma externa a la legislación de quiebras, si bien con una mecánica distinta. El art. 10 de la Ley de regulación del mercado hipotecario, de 25 de marzo de 1981 (véase supra, capítulo X, apdo. III, 3.2.1, texto y nota 37) tiene unos efectos que no son predicables de la integración de la presunción muciana en el expediente de retroacción de la quiebra. De dicho precepto se desprende que la nulidad derivada de la retroacción no opera automáticamente, sino que debe ser instada por los síndicos "mediante acción"; la sindicatura debe probar la existencia y la realización del negocio, así como la existencia del fraude, y los derechos del tercero que hubiera procedido de buena fe quedarán en todo caso a salvo.

nulidad radical del art. 878, párr. 2º C. com., y más parece que no sea éste un elemento caracterizador. Al poner en conexión este artículo con el 1366 LEC, a los efectos de limitar la nulidad a los actos del quebrado perjudiciales para la masa, el Tribunal Supremo¹²⁷ ha entendido que los síndicos carecen de facultad para pedir la nulidad de los actos realizados en el periodo de retroacción que no hayan sido perjudiciales para la masa¹²⁸.

2.2.- Con anterioridad a dicho periodo

Ya hemos visto que el sistema de reintegración de la masa se completa con una serie de acciones que afectan a los negocios concluidos por el quebrado durante unos plazos marcados por el legislador¹²⁹.

Teniendo en cuenta que la presunción muciana invierte la carga de la prueba, es el cónyuge *in bonis* quien debe probar que no ha existido la donación y no los síndicos quienes deban probar que sí ha existido. Y no enervada la presunción, la adquisición del cónyuge del quebrado se convierte en acto de éste; acto que quedará sometido a la revocatoria concursal correspondiente.

El ámbito en el que con más claridad parece que pueda jugar la presunción muciana es el del art. 880-1º y 5º C. com.: se reputarán fraudulentas las transmisiones de bienes inmuebles hechas a título gratuito, y las donaciones entre vivos que no tengan conocidamente el carácter de remuneratorias, celebradas por el quebrado en los 30 días precedentes de su quiebra.

De aceptarse que las donaciones no remuneratorias deben tener la consideración de donaciones de bienes muebles¹³⁰, según lo adquirido sean bienes muebles o inmuebles se producirán distintas interferencias.

¹²⁷ Sentencias de 15 de octubre de 1976 y de 12 de noviembre de 1977.

¹²⁸ Véase supra, capítulo X, apdo. III, 3.2.1., texto y nota 36.

¹²⁹ Véase supra, capítulo X, apdos. III, 3.2.2 y 3.2.3.

¹³⁰ Véase supra, capítulo X, apdo. III, 3.2.2.2.2.

La presunción muciana sólo será útil si la "donación" se ha producido en los 30 días a que se refiere el Código. Presumidos, *iuris et de iure*, el perjuicio y el fraude, y no enervada la presunción, los síndicos deberán probar la fecha de perfeccionamiento de la donación; perfeccionamiento del que depende la ineficacia de la donación y en cuyo marco se produce la neutralización, como vamos a ver.

En efecto, las donaciones no obligan al donante ni producen efectos, sino desde la aceptación, y ésta varía en su forma según se trate de bienes muebles o inmuebles.

La aceptación de una donación de bienes inmuebles podrá hacerse en la misma escritura de donación¹³¹; ahora bien, si presumida la donación por el art. 1442 C.C., el cónyuge *in bonis* no pudo destruir la presunción pero no ha habido ciertamente una donación, inexistencia acreditada por la falta de escritura pública, aun no enervada la presunción de donación, la presunción muciana no puede ser efectiva: sin perfección no hay donación.

Cuando la donación es de bienes muebles, la aceptación podrá ser verbal o por escrito¹³². Cuando es por escrito, son reproducibles las consideraciones que se acaban de hacer para las donaciones de inmuebles. Si, por el contrario, la aceptación es verbal –lo que requiere la entrega simultánea de la cosa– entonces sí es efectiva la presunción muciana pues basta con la constancia de la entrega de la cosa, siendo indiferente quién haya hecho la entrega material de la misma, el quebrado o el tercero que contrató con el cónyuge *in bonis*.

Este razonamiento, lógico en su fundamento en la mecánica de las donaciones, se cae por su propio peso pues, de ser ésta la consecuencia prevista por el legislador, no tenía sentido la inclusión de la norma.

Veamos qué otro sentido hay que dar al precepto para que se produzca el juego eficaz de la presunción muciana.

¹³¹ Cfr. art. 633 C.C.

¹³² Cfr. art. 632 C.C.

El art. 1442 C.C. indica que la mitad de los bienes adquiridos por el cónyuge *in bonis* en un plazo determinado, se presumirán procedentes de donación del quebrado, de lo que se deriva que el hecho presunto es la adquisición del cónyuge no deudor de su consorte y por un título concreto: la donación. El sentido del término donación debe ser el literal de tal contrato, entendiendo que se trata de la presunción de existencia de dicho **título transmisivo** en el sentido de suponer un enriquecimiento del esposo no deudor, correlativo al empobrecimiento del cónyuge quebrado.

Así interpretado, el art. 1442 C.C. resulta eficaz en el procedimiento reintegrador. Pero además, al ser la consecuencia presumida un mero hecho¹³³, y no operando la presunción fuera del proceso¹³⁴, ésta no puede ser una norma de

¹³³ El concepto de "presunción de derecho", entendiéndose por tal aquella en que la consecuencia presumida es directamente una relación jurídica, a cuyo titular presunto se le permite comportarse provisionalmente en el tráfico como si fuera el verdadero, es una creación de la ciencia jurídica alemana de este siglo. Según HEDEMANN, *Las presunciones en el Derecho*, trd. por SANCHO SERAL, Madrid, 1931, pág. 278, las "presunciones de derecho" se recogen por primera vez como categoría especial en la 2ª ed. (1898) del *Manual* de FISCHER-HEULE, Introducción, nº 9. Con este término se designan las presunciones cuyas consecuencias no se reducen a librar de la prueba de ciertos hechos, sino que producen directamente, mientras un fallo judicial no las destruya, una relación jurídica que permite dar efectividad a las consecuencias de derecho material inherentes a las mismas. Estas consecuencias se explican por la fuerza legitimadora de ciertos hechos, y su manifestación propia está en el tráfico jurídico, fuera del proceso.

En el Derecho español no deben confundirse los supuestos en que se manifiesta esta fuerza legitimadora con las presunciones, instituto fundamentalmente procesal y dirigido a la dispensa de la prueba de los hechos alegados, y carentes de la pretendida eficacia legitimadora (véase CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 235-236).

¹³⁴ SERRA DOMINGUEZ, *Normas de presunción en el Código civil y Ley de arrendamientos urbanos*, Barcelona, 1963, pág. 51, afirma tajantemente el carácter procesal de las presunciones legales. Indica que las normas materiales conceden derechos y señalan obligaciones en una determinada relación jurídica, y marcan los presupuestos que deben concurrir para la existencia de los citados derechos y obligaciones. En los casos en que dichos presupuestos sean de difícil prueba el legislador la facilita para favorecer la eficacia de los derechos estableciendo presunciones. Estas no constituyen los presupuestos antes citados, sino que permiten admitir su existencia mediante la prueba de un hecho distinto. Y si bien partiendo de los hechos presuntos puede llegarse a la eficacia de un derecho, no necesariamente ocurre así, porque cabe la prueba en contrario, del mismo modo que cabe probar los presupuestos indicados, prescindiendo de las presunciones. De lo que se concluye que las presunciones no establecen nunca derechos, sino que facilitan su ejercicio, y por ello no son normas materiales sino procesales.

legitimación que permita al quebrado comportarse fuera del proceso como si la mitad de los bienes adquiridos por su cónyuge fueran de su propiedad.

Así pues, presumidos, *iuris et de iure*, el perjuicio y el fraude, los síndicos sólo tendrán que probar la fecha de la donación.

El otro sector en el que parece que podría jugar la presunción muciana es el de la revocatoria del art. 882 C.com.: "Podrá revocarse a instancia de los acreedores toda donación o contrato celebrado en los dos años anteriores a la quiebra si llegare a probarse cualquier especie de suposición o simulación hecha en fraude de aquéllos".

Se ha dicho¹³⁵ que la presunción del art. 1442 C.C. va a facilitar el ejercicio por los acreedores de la acción revocatoria con la que se pretenda integrar en la masa la mitad de lo adquirido por el cónyuge *in bonis* por tratarse de donaciones del quebrado, viéndose libres los acreedores de la necesidad de probar la simulación y el fraude exigidos en el art. 882 C. com. Dado que la presunción muciana, en este caso, invierte la carga de la prueba del fraude como presunción de gratuidad *iuris tantum* en relación con el art. 1297 del Código civil, y si el deudor (sic) no logra destruirla, sus efectos hacen obvia la simulación, gracias a la especial estructura de aquella presunción. De este modo, pues, se cubre el doble requisito de simulación y fraude, obstáculo que había venido impidiendo la adecuada utilización del art. 882 C. com.

El razonamiento nos parece correcto en cuanto al punto de partida: no destruida

Por el contrario, CARRERAS LLANSANA, "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", en *RJC*, 1962, págs.491 y ss., págs. 530-534, entiende que las normas legales de presunción "*iuris tantum*" tienen carácter sustantivo, no aparecen nunca como normas de carácter general, sino como complementarias de ciertas relaciones jurídicas materiales, y éste carácter complementario nos indica que la norma complementaria ha de tener forzosamente la misma naturaleza jurídica de la norma principal, ya que el legislador quiere ordenar la conducta de los destinatarios, no sólo partiendo del supuesto de hecho genuino, sino, en su defecto, o caso de no tenerse certeza sobre él, del supuesto de hecho supletorio en que consiste el indicio.

Aunque ninguno de ellos se pronuncia sobre los posibles efectos de la presunción legal en el tráfico, si consideramos que cualquier presunción legal es una norma de Derecho procesal, la conclusión obvia es que la muciana, como cualquier otra presunción legal, sólo produce efectos en el proceso.

¹³⁵ BISBAL MENDEZ, "Anotaciones mercantiles...". cit., pág. 369.

la presunción muciana, las adquisiciones del cónyuge *in bonis* se convierten en actos del quebrado; también en lo relativo a la presunción de fraude: el texto del art. 1297-1 C.C. es claro y, a mayor abundamiento, las donaciones se presumen en fraude de acreedores cuando el donante no se ha reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a la misma¹³⁶. Por tanto, aunque el contrato celebrado por el cónyuge del quebrado no fuera necesariamente colusorio, se produce una sanción al presumirse fraudulento el negocio, en nuestro caso, presunto. Por el contrario, no nos parece correcto en lo que a la simulación se refiere: sobre la base de un negocio real –adquisición onerosa del cónyuge no deudor– el art. 1442 C.C. presume la existencia de una donación, sin que de ningún periodo del precepto se derive la "obvia" simulación.

No obstante estos argumentos, hay un dato que por sí mismo parece impedir que las presuntas donaciones que se derivan de la no destrucción de la presunción muciana puedan ser revocadas por la vía de los arts. 880 y 882 C. com. El dato en cuestión es el elemento **tiempo**. La presunción muciana alcanza –a lo sumo– a las adquisiciones realizadas en el periodo de retroacción y los mencionados preceptos del Código de comercio establecen que pueden ser revocados los actos concluidos con anterioridad (30 días, 2 años) a la fecha de retroacción. Dada la disparidad del ámbito temporal en que actúan ambos preceptos no parece posible establecer el juego eficaz de los unos sobre el otro.

Esta primera impresión, sin embargo, se desvanece rápidamente. Si hay periodo de retroacción, no enervada la presunción muciana, operará la nulidad radical y absoluta del art. 878, párr. 2º C. com. Si, por el contrario, no se ha retrotraído la quiebra, entrarán en juego los plazos previstos en los arts. 880 y 882, contándose éstos a partir de la declaración de quiebra hacia atrás.

Según hemos ido ahondando en el proceso de articulación de la presunción muciana se han ido haciendo más patentes las dificultades que la misma entraña y la escasa efectividad que va a poder tener¹³⁷, si bien la constatación práctica de este

¹³⁶ Cfr. art. 643 C.C.

¹³⁷ La cuestión no parece haber tenido mejor enfoque en el ALC. Como ya hemos

extremo deberán llevarla a cabo los tribunales.

V.- ENERVACION DE LA PRESUNCION

Con carácter general, las presunciones pueden enervarse probando lo contrario, bien del hecho base, bien del hecho presunto.

La doctrina alemana ha distinguido entre la destrucción (*Widerlegung*) y la eliminación (*Beseitigung*) de las presunciones. Según Hedemann¹³⁸ con la primera palabra se alude a la enervación mediante prueba en contrario, y con la segunda se quiere dar a entender la falta de presupuestos necesarios para que la presunción se de. En nuestra doctrina Serra Domínguez ha propuesto, para el primer caso el nombre de "contraprueba", y para el segundo el de "prueba en contrario"¹³⁹. La contraprueba o eliminación va encaminada a dejar sentada la falta de coincidencia entre el hecho base y la realidad. La prueba en contrario, admitiendo que se dan los hechos de los que la ley deduce la afirmación presumida, consiste en demostrar que tal cosa no corresponde a la realidad.

Hasta ahora, al hilo del análisis de los presupuestos de aplicación de la presunción muciana, hemos ido viendo los casos en que la misma es inoperante por la falta de concurrencia de los presupuestos. Pero además, el legislador propicia expresamente la eliminación de la misma al establecer que no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho. Esta eliminación expresa y las vías de

señalado, en el ALC también se presume la conclusión de un negocio jurídico (donación) por parte del concursado en favor de su cónyuge en virtud del cual adquiere el cónyuge *in bonis*. La sindicatura no puede integrar directamente en la masa activa los bienes y derechos adquiridos por el esposo no deudor, y debe recurrir a los expedientes de reintegración y en concreto al art. 186 ALC: "son nulos de pleno derecho los actos de disposición a título gratuito realizados por el deudor en el periodo de retroacción, salvo los regalos y liberalidades de costumbre". No sólo son reproducibles las consideraciones que venimos haciendo sobre el art. 1442, sino que hay que añadir la vía de escape que establece el ALC al excepcionar los regalos y liberalidades de costumbre.

¹³⁸ *Las presunciones...*, cit., pág. 320.

¹³⁹ *Normas de presunción...*, cit., pág. 155. En realidad el autor dice "prueba de lo contrario", traduciendo textualmente del alemán (*Beweis des Gegenteils*).

neutralización de la presunción muciana es lo que vamos a analizar bajo este epígrafe general de enervación de la presunción.

La legitimación para aportar la prueba que contrarreste la presunción muciana no está limitada por el art. 1442 C.C. al cónyuge del deudor. De ahí que se hay dicho que puede se extendida a cualquier tercero interesado¹⁴⁰.

1.- Separación judicial o de hecho de los cónyuges:

Al analizar el presupuesto de la existencia de un vínculo matrimonial, dejamos establecido el momento en que debían estar separados los cónyuges para que no rigiera la presunción muciana: desde la fecha de retroacción o desde un año antes de la declaración, debiendo seguir separados de manera ininterrumpida hasta la declaración de quiebra, pues, de otro modo, bastaría con probar la no convivencia en el momento de la declaración para enervar la presunción¹⁴¹.

En lo que a la separación judicial se refiere, siempre que se haya producido en el lapso señalado, no hay, en principio, nada que objetar; la ruptura de la vida en común queda suficientemente acreditada. Sin embargo, en el supuesto de separación de hecho –objeto de una enmienda que no prosperó–¹⁴² habrá que justificar

¹⁴⁰ TORTORICI PASTOR, "En torno a la muciana moderna...", cit., pág. 1211.

¹⁴¹ En este punto el ALC abre una vía de escape que, a nuestro juicio, debiera ser suprimida: esta presunción no regirá si **en el momento de la adquisición** los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho.

¹⁴² En la enmienda (la nº 177) defendida por el grupo Andalucista, se decía: "Pero en el último punto de este artículo se dice: Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho, y nosotros pretendemos eliminar este punto, porque no nos parece conveniente, ni siquiera serio, establecer un status de trascendencia a terceros en casos de separación, sobre todo en los casos de mera separación de hecho. Podría ser discutible, y ha sido discutido en Comisión, según recuerdo, la finalidad total del artículo, aunque nosotros estamos conformes con él, sobre todo mientras no se aborde una reforma legal y una reforma también práctica, de hecho, del sistema concursal, que en realidad, tal como es y como se practica ahora mismo, está propiciando defraudaciones sin cuento. Pero admitida la finalidad que se persigue, hemos de seguirla, en nuestra opinión, hasta el final (...) Como todas las garantías a terceros nos parecen pocas, estamos a favor del artículo, pero pretendemos su ampliación eliminando la restricción en casos de separación y mucho más en los

sobradamente la ruptura, y que no nos encontramos ante un caso en el que al amparo del art. 87 C.C.¹⁴³ se produce un mantenimiento de la vida en el mismo domicilio, aunque se haya producido la separación *solo animo* que el precepto permite; supuesto éste al que debería ser aplicable la presunción muciana.

Una vez más el legislador español se aleja del Derecho comparado¹⁴⁴. Y este alejamiento es sorprendente y contradictorio. Y lo es porque con una actitud casi obsesiva, tanto de proteger a los acreedores, como de poner bajo sospecha, por el mero hecho de la convivencia, los actos de los cónyuges, no sólo no pone coto a ese posible

casos de separación de hecho, pues entendemos que se abre una puerta fácil y una nueva causa, además, de separación, al impedir dicha separación que los acreedores puedan cobrar, incluso aunque se trate de una mera separación de hecho" (Cfr. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 140, de 18 de diciembre de 1980, págs. 9024-9025 o ESPAÑA. CORTES GENERALES, *Código Civil (Reformas 1978-1983)*..., cit., págs. 571-572).

¹⁴³ "El cese efectivo de la convivencia conyugal es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o divorcio correspondiente".

¹⁴⁴ El tema se había planteado en el Derecho comparado, recibiendo –en los distintos países– soluciones similares, aunque matizadas.

La doctrina francesa (véase *Repertoire de droit commercial et des sociétés*, sous la direction de Georges Ripert, II, Paris, 1957, nº 2274) estimaba que para la aplicabilidad de la muciana era preciso que subsistiera el vínculo matrimonial, es decir, lo que se tomaba en cuenta era la continuidad del vínculo y no la continuidad de las relaciones económicas, pues aunque para que pudiera oponerse el divorcio a la masa era necesario que se hubiera transcrito la sentencia antes de la declaración de quiebra, a esa oponibilidad no le afectaba el hecho de que todavía no se hubiera liquidado la comunidad. Si no se trataba de divorcio, sino de separación judicial de bienes, la oponibilidad quedaba supeditada a la ejecución completa de la separación.

La doctrina italiana (véase SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., pág. 216, texto y nota 15) abogaba por la no determinación legal de esta causa como una causa general de exclusión de la presunción, considerando que la separación y la falta de convivencia no son situaciones definitivas, pudiendo cesar a causa del comportamiento ulterior de los cónyuges. De ello se concluía que era preferible someter los supuestos concretos, caso por caso, a la consideración de los tribunales.

La dureza de la construcción germánica (véase supra, nota 45), resulta aliviada al conectar el art. 45 KO con el art. 1362 BGB, si bien la aminoración sólo se refiere a los bienes muebles: "se presume en favor de los acreedores del marido y de los de la mujer, que los bienes muebles que se encuentren en posesión de uno de los esposos, o de ambos, pertenecen al deudor. Esta presunción no se aplicará cuando los cónyuges vivan separadamente y los bienes se encuentren en posesión del no deudor".

fraude, sino que lo propicia al establecer estas dos causas legales de exclusión de la presunción.

2.- Prueba de la inexistencia del hecho presunto

Presumida la donación por el quebrado, bien de la mitad de los bienes adquiridos por su consorte en el año anterior o en el periodo a que alcance la retroacción, bien de los medios empleados en dicha adquisición, resulta evidente que la prueba en contrario por excelencia será la que nos lleve a la conclusión de que el ni quebrado hizo donación alguna ni los medios eran de su propiedad.

2.1.- Prueba del título, no de la titularidad

Con carácter general la titularidad suele demostrarse acreditando el título que le ha dado origen, pero no siempre es así.

En la primera interpretación el hecho presunto consiste en un título adquisitivo: donación, precisamente del cónyuge quebrado. La acreditación de la titularidad del cónyuge *in bonis* respecto de los bienes concretos no es bastante, pues ello no implica de por sí que la adquisición no provenga de donación del quebrado. Cosa distinta es que la titularidad del adquirente conste por la existencia de un título. Pero es el título, no la titularidad, lo que sirve para enervar la presunción. Puede suceder que conste la titularidad del cónyuge no deudor, sin que conste el título.

Este es el caso del dinero, título al portador por antonomasia. No parece que pueda ponerse en duda que el dinero que obra en poder del cónyuge *in bonis* le pertenece, pero ello no impide la aplicación de la presunción muciana: la pertenencia del dinero no excluye que proceda de donación del quebrado.

Lo mismo sucede en caso de posesión por el cónyuge del quebrado de una cosa mueble, adquirida de buena fe¹⁴⁵. Según la interpretación germanista¹⁴⁶ del primer

¹⁴⁵ Una exposición sistemática de la polémica doctrinal y jurisprudencial en torno a la posesión de buena fe y la reivindicación mobiliaria puede verse en DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1983, págs. 558 y

párrafo del art. 464 C.C. (la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiere sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea) al recibir la posesión se adquiere sobre la cosa el derecho en cuyo concepto se haya transmitido dicha posesión. Por tanto, con la posesión se adquiere la titularidad del derecho en cuyo concepto es entregada la cosa. Según la interpretación que ve en el primer párrafo del art. 464 un límite a la reivindicación mobiliaria¹⁴⁷, en este precepto, más que un efecto de adquisición *a non domino*, existe un problema relativo a la amplitud y a los límites de la reivindicación mobiliaria.

De acuerdo con la primera opinión, si el cónyuge *in bonis* posee en concepto de propietario una cosa mueble, esa posesión supone la titularidad del derecho de propiedad, pero de ella no se deriva la constancia de un título adquisitivo; por tanto, la presunción muciana es aplicable al presumirse que la propiedad de la mitad del bien poseído le proviene de su consorte.

De acuerdo con la segunda, el art. 464 limita la reivindicación mobiliaria: el demandado está amparado por la posesión, que el actor sólo puede atacar, probando la pérdida o extravío, la privación ilegal o la falta de buena fe en la adquisición. Y, siendo la cosa irreivindicable, se produce de rechazo una adquisición *a non domino*, con los mismos resultados: la posesión equivale al derecho de propiedad, pero seguimos sin tener constancia del título adquisitivo, con lo que no se puede excluir la presunción de donación del quebrado.

ss.

¹⁴⁶ Defienden esta tesis, HERNANDEZ GIL, "El giro de la doctrina española en torno al art.464 del Código civil y una posible interpretación de privación ilegal", en *RDP*, 1944, págs.491 y ss. y "De nuevo sobre el art. 464 del Código civil", en *RDP*, 1945, págs. 413 y ss. y ALBALDEJO, *Derecho civil,III, Derecho de bienes*, vol.1º, Barcelona, 1974, pág. 101.

¹⁴⁷ Esta tesis es sostenida por CAMARA ALVAREZ, "Contribución al estudio del art. 464 del Código Civil", en *RDN*, 1979, págs. 7 y ss., *passim*, pero págs. 19 y 166; VALLET DE GOYTISOLO, "La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del C.C.", en *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1973, págs. 409 y ss., y DIEZ PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pág. 566.

Así pues, de lo expuesto se desprende que la sola titularidad no basta para enervar la presunción muciana.

2.2.- Constancia de cualquier título adquisitivo distinto al de donación

Aun cuando, como hemos señalado, la titularidad por sí misma no basta para enervar la presunción, no es rigurosamente necesaria la evidencia de un título adquisitivo para que se produzca la destrucción de la presunción, pero no cabe duda que la forma más corriente de neutralización es acreditar un título de adquisición distinto al de donación del quebrado.

Que el título sea válido o no, podrá afectar a la adquisición del cónyuge *in bonis* del transmitente. Tal sería el supuesto de que el no deudor justifique la adquisición de los bienes en virtud de un título nulo, la nulidad acarreará la no adquisición de la titularidad correspondiente pero con ese título se hará patente la inexistencia de la donación del quebrado y, por ende, sea cual sea el título, quedará enervada la presunción.

2.3.- Disponibilidad económica del cónyuge *in bonis*

En la segunda interpretación, los medios empleados proceden del quebrado, la prueba en contra se encamina a demostrar que tales medios no eran del quebrado, sino privativos de su cónyuge.

En este punto hay que tener presentes las dificultades que se plantean en torno a las adquisiciones que efectúen los cónyuges casados en régimen de separación de bienes¹⁴⁸.

La cuestión a dilucidar es si basta con que el cónyuge del quebrado tenga una "genérica" disponibilidad económica o si, por el contrario, debe demostrar que eran privativos suyos los medios empleados en la adquisición.

¹⁴⁸ Véase *supra*, apdo. III, 3.

En favor de la disponibilidad genérica está el hecho de que esta solución está en consonancia con la propia configuración y estructura de un régimen en el que cada cónyuge es propietario de todos los bienes que adquiriera antes, durante y después del matrimonio a título oneroso o gratuito (art. 1437 C.C.)¹⁴⁹. Sin embargo, si aceptamos esta primera posición, la eficacia de la presunción muciana vuelve a ser, una vez más, poco menos que nula, siendo únicamente efectiva en los casos en que el cónyuge del quebrado carezca totalmente de patrimonio.

En favor de la prueba del carácter privativo de los medios empleados cabe argüir que, si bien en el régimen de separación todos los bienes son privativos y, por lo tanto, el hecho de la adquisición es determinante con independencia de quién haya proporcionado los fondos, si no damos, también aquí, un paso más en la interpretación, se llega a la conclusión de que la presunción muciana es absolutamente innecesaria pues, si no hay necesidad de probar el carácter privativo de los medios, se produce una desprotección de los acreedores en los casos de mayor trascendencia económica, concurso y quiebra, ya que la presunción sólo opera sobre la mitad de los bienes y no sobre la totalidad que puede obtenerse destruyendo la presunción del art. 1441 C.C. Además, y a mayor abundamiento, aun cuando defendemos que los actos de los cónyuges no han de ser necesariamente colusorios, el legislador y la doctrina toman como premisa una actuación fraudulenta de los esposos, de lo que cabe extraer la lógica exigencia de una prueba particularmente rigurosa para enervar la presunción muciana¹⁵⁰.

¹⁴⁹ En este sentido, REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes...*, cit., pág. 97. Y a ello hay que añadir las precisiones del art. 23 de la Compilación catalana (...al adquirir o bien con anterioridad, dispusiera de ingresos o de cualquier otra clase de recursos suficientes) y del art. 264 ALC (se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando el cónyuge titular percibiera sueldo, ejerciera profesión o, en general, tuviera a su disposición dinero suficiente para la adquisición en el momento de realizarla).

¹⁵⁰ La prueba de la privatividad de los medios es exigida por la totalidad de la doctrina extranjera, véanse, MENTZEL-KUHN, *Kommentar zur KO...*, cit., pág. 323; HOUIN, "Faillite-Règlement judiciaire", cit., nº 2276 y SALANITRO, *Gli acquisti...*, cit., págs. 131-133.

3.- Medios de prueba

Para enervar, tanto la presunción muciana como cualquier otra, pueden emplearse todos los medios de prueba admitidos en Derecho¹⁵¹, que son los contenidos

¹⁵¹ El tema de los medios de prueba para enervar la presunción muciana ha sido objeto de atención por parte del legislador comunitario, en concreto en el marco del Proyecto de Convenio sobre "quiebras, convenios y procedimientos análogos".

Los trabajos encaminados a una regulación comunitaria en materia de quiebras se iniciaron el 8 de febrero de 1960 a instancia de la Comisión de la C.E.E. Sobre la base del art. 220 del Tratado de Roma, los expertos de las delegaciones de los seis países miembros elaboraron un primer Proyecto de Convenio en 1970 (Doc. Comm. nº 3/327/XIV/70-1; véanse, SEQUEIRA MARTIN, "Las obligaciones y los procedimientos concursales", en GIRON TENA y otros, *Reseña de Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea*, en RDM, 1981, págs. 749 y ss. y GARCIA VILLAVARDE, "Los procedimientos concursales", en GIRON TENA y otros, *Reseña de Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea*, en RDM, 1984, págs. 445 y ss.). A partir de 1973 el Proyecto fue sometido a estudio por los expertos gubernamentales de los tres nuevos Estados miembros de la Comunidad, y los trabajos condujeron, en 1980, a un nuevo Proyecto de Convenio, elevado al Consejo acompañado de un excelente informe explicativo (*Faillites, concordats et procédures analogues. Projet de convention et rapport*, en *Bulletin des Communautés Européennes*, 1982, supplément nº 2; véase, GARCIA VILLAVARDE, "El Derecho concursal comunitario", cit.). Este Proyecto fue, a su vez, objeto de una segunda lectura, tras las reuniones celebradas entre los meses de abril de 1982 y junio de 1984, que permitió a la delegación griega tomar contacto con el mismo, dando lugar a una nueva redacción del texto, entregada al Consejo el 30 de julio de 1984 (Doc. Comm. nº 8759/84 DRS 64 (CFC), que vino a introducir algunas modificaciones al Proyecto de 1980).

La doctrina ha expresado su desconfianza sobre que el Proyecto llegue a ser convenio y entre en vigor, pues los resultados obtenidos hasta ahora no son nada satisfactorios, y ello por las grandes dificultades que la materia encierra, lo ambicioso del proyecto y que iniciados los trabajos hace 26 (ya 31) años no se haya procedido todavía a su ratificación y firma (en este sentido, BORRAS RODRIGUEZ, "Proyecto de Convenio sobre quiebras, convenios de quiebra y procedimientos análogos", en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dirigido por GARCIA DE ENTERRIA y otros, III, Madrid, 1986, págs. 827 y ss., págs. 830-831, quien señala el escepticismo con que el Proyecto es visto por otros autores).

Lo cierto es que los trabajos están estancados como consecuencia de las reservas que, tras la segunda lectura realizada por el Grupo ad hoc, mantiene la delegación alemana sobre el conjunto del Convenio (Informe del Grupo ad hoc, Doc. Comm. nº 8760/85 DRS 65 (CFC) de 30 de julio de 1985). Ello ha dado lugar a que el Comité de representantes permanentes haya solicitado informes a su servicio jurídico y al Grupo ad hoc sobre las posibles alternativas a seguir y la viabilidad de las mismas (Informe, recogido en Doc. Comm. nº 8295/85 DRS 45 (CFC) de 23 de julio de 1985 y los ADDENDA al mismo, Doc. Comm. nº 8295/85 ADD 2 DRS 45 (CFC) de 25 de septiembre de 1985). A continuación el Comité se reunió los días 9 y 10 de octubre de 1985 (Doc. Comm. nº 9571/85; EXT 4, CRS/CRP 38, DRS 61 (CFC) de 4 de noviembre de 1985) para examinar la cuestión de la continuación de

los trabajos sobre la base del Proyecto de Convenio existente, sin que se llegara a un acuerdo (las delegaciones belga, danesa, francesa y griega se mostraban partidarias de acometer una tercera lectura del texto; las delegaciones alemana, británica, irlandesa y luxemburguesa, dada la inviabilidad del proyecto, se inclinaban por una suspensión de los trabajos, para iniciar la elaboración de un Convenio menos ambicioso, y la delegación italiana, aun a pesar de las dificultades, prefería seguir adelante), ante lo cual el Comité decidió volver sobre el documento existente. A ello hay que sumar la paralización provocada por la incorporación de España y Portugal en tanto emitían su opinión al respecto.

El Convenio no va dirigido ni a armonizar las normas de los ordenamientos nacionales ni a crear una quiebra de tipo europeo, sino que se articula como un Convenio de Derecho Internacional aplicado a la quiebra con normas de conflictos de leyes y de jurisdicciones, conteniendo un reducido número de normas uniformes. Por otra parte, la tendencia a la reducción de las normas armonizadoras se observa claramente al comparar los tres textos hasta ahora redactados. En el Proyecto de 1970, la Ley Uniforme, recogida en el Anexo I, contenía la regulación en relación con la quiebra de los dirigentes de sociedades (arts. 1 y 2), presunción muciana (art. 3), régimen del periodo sospechoso (art. 4), compensación (art. 5) y cláusulas de reserva de dominio (art. 6). El Proyecto de 1980, manteniendo la Ley Uniforme (Anexo I), reduce su contenido a las materias de presunción muciana (art. 1), compensación (art. 2) y régimen –muy recortado– de las cláusulas de reserva de dominio (art. 3). Finalmente, en la redacción de 1984 se suprime el Anexo I, y las disposiciones materiales que contenía, bien se incorporan a los preceptos del Convenio (el art. 35 recoge lo establecido en el art. 1 del Anexo y el art. 36 lo del art. 2), bien se suprime su tratamiento uniforme (art. 3).

La nueva redacción dada en el texto de 1984 (Doc. Comm. nº 8759/84 DRS 64 (CFC) al art. 35 del Convenio, no altera el contenido otorgado a la presunción muciana en el Proyecto base de 1980 (art. 1 del Anexo I), únicamente se produce una modificación sistemática al incorporarse el art. 1 del Anexo I al art. 35 del Convenio:

"1. Cuando la Ley del Estado de apertura de la quiebra presuma que, en caso de quiebra, los bienes del cónyuge han sido adquiridos con dinero del quebrado, dicha presunción no afectará a los bienes situados en Estados contratantes que no la prevén en sus leyes a no ser que la legislación de régimen matrimonial incluya tal presunción. La prueba en contrario de esta presunción podrá realizarse por todos los medios.

2. Las disposiciones concursales de la Ley del Estado de apertura de la quiebra determinarán en qué medida son oponibles a la masa las donaciones y otras ventajas matrimoniales entre esposos."

Como puede apreciarse, no se trata de imponer la presunción muciana, sino más bien de excluirla, pero evitando, al mismo tiempo, que se tase los medios de prueba contra la misma allí donde exista. Esta amplitud de los medios de prueba no ha sido puesta en entredicho por ninguno de los comentaristas de las diversas redacciones del Proyecto de Convenio (véanse, entre otros, GANSHOF, "L'élaboration d'un droit européen de la faillite dans le cadre de la C.E.E.", en *CDE*, 1971, págs. 146 y ss., pág. 177; LEMONTEY, "Perspectives d'unification du droit dans le projet de convention CEE relative à la faillite", en *RTDE*, 1975, págs. 172 y ss., pág. 175; GANSHOF, "Le projet de convention CEE relative à la faillite", en *CDE*, 1983, págs. 163 y ss., pág. 173; y entre nosotros, IGLESIAS BUIGUES, "Ley aplicable y efectos

en los arts. 1214 a 1253 C.C. y 578 a 666 LEC: por documentos, por confesión, por inspección personal del juez, por peritos, por testigos y por presunciones.

3.1.- Confesión extrajudicial del quebrado sobre el carácter privativo de los medios empleados en la adquisición

El tema de si la confesión extrajudicial del marido (hoy, quebrado) enerva la presunción muciana no pasó desapercibido a los autores antiguos.

Menochio¹⁵² afirma que la presunción muciana no tiene lugar cuando el marido confiesa que el dinero pagado pertenece a la esposa.

Fontanella¹⁵³, contemplando el caso de que la mujer compre algo a su nombre, considera que el dinero pagado pertenece a la esposa, con inaplicabilidad de la presunción de Quinto Mucio, cuando estando el marido presente en el acto de la compra, bien afirme la pertenencia del dinero a la esposa, bien no haga manifestación alguna, si su propia esposa afirma que dicho dinero le pertenece.

Es cierto que el valor del reconocimiento por parte de un cónyuge de la propiedad privativa de un bien del otro es un problema que se plantea esencialmente en un régimen de gananciales y en ese ámbito lo han tratado la doctrina y la jurisprudencia¹⁵⁴, pero, aunque sin la importancia que tiene en dicho régimen, el

de la quiebra en el Mercado Común (proyecto de Convenio CEE) y en Derecho español", en *RJE*, 1977, págs. 367 y ss., pág. 383; GARCIA VILLAVARDE, "El Derecho concursal comunitario", cit., págs. 181-182, y BORRAS RODRIGUEZ, "Proyecto de Convenio sobre quiebras...", cit., pág. 846). Y en este sentido, ni nuestro derecho vigente (arts. 1442 C.C. y 23 de la Compilación catalana) ni el proyectado (art. 264 ALC) ponen límite a la prueba, con lo que se da cumplimiento al precepto comunitario.

¹⁵² *De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis, comentaria*, cit., Lib. 3, prae. 51, nº 27.

¹⁵³ *Tractatus de pactis nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus cum s. rot. romanae decisionibus recentissimis duobus tomis comprehensus*, T. II, Génova, 1752, cláusula VII, glosa III, parte XV, nº 32, citado por PARA MARTIN, *Presunción muciana y nulidad de donaciones...*, cit., pág. 144.

¹⁵⁴ Sobre el valor de dicho reconocimiento en materia de sociedad de gananciales

problema también existe en el régimen de separación de bienes.

Tras una larga tradición de pronunciarse en contra de la eficacia de la confesión para desvirtuar la presunción de ganancialidad del antiguo art. 1407 C.C., el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de febrero de 1951 viene a sentar un criterio contrario, considerando eficaz la confesión¹⁵⁵.

Poco después la RDGR de 11 de marzo de 1957 sienta el criterio opuesto. Vallet de Goytisolo comentó dicha resolución criticándola y manteniendo la tesis contraria¹⁵⁶, estimando contradictorio que la confesión extrajudicial fuese eficaz tratándose de bienes dotales conforme al art. 1344 C.C., y que en cambio no lo fuese en caso de bienes parafernales.

A partir de la sentencia de 2 de febrero de 1951, la doctrina y la jurisprudencia, considerando la declaración de un cónyuge de que el dinero empleado en la adquisición es privativo del adquirente como una confesión extrajudicial con los efectos señalados en los arts. 1232 y 1239 C.C., admitían que las declaraciones hechas por un cónyuge en este sentido eran vinculantes entre las partes.

Esta posición doctrinal y jurisprudencial tiene su refrendo legal con la Reforma de 13 de mayo de 1981, y así, el nuevo art. 1324 C.C. establece que para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges¹⁵⁷.

y antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, véase GAVIDIA SANCHEZ, *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, Madrid, 1987, págs. 125-137, 138-156, 166-170 y 184-195.

¹⁵⁵ Colección Legislativa, nº 38, págs. 451-460.

¹⁵⁶ "Observaciones a la Resolución de 11 de marzo de 1957, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951 y otras consideraciones", en *RCDI*, 1957, págs. 477 y ss.

¹⁵⁷ Véase supra capítulo VII, apdo.II, 5.

El hecho de que en el art. 1324 se diga que la confesión no perjudicará a los acreedores no quiere decir que la confesión no les sea oponible. Lo que se persigue es evitar el perjuicio, y no existiendo éste, no hay razón para negar una virtualidad enervadora de la presunción muciana a la confesión del quebrado.

Veamos, no obstante, cuál ha sido la postura de la doctrina y la jurisprudencia en Cataluña.

La doctrina se pronunció de foma prácticamente unánime en favor de aceptar que la confesión del marido de la parafernalia del dinero empleado por la esposa en la adquisición de un bien concreto enerva la presunción muciana¹⁵⁸. El Tribunal Supremo se pronunció al respecto en dos sentencias¹⁵⁹, pero sin expresar con claridad los fundamentos jurídicos de su tesis, manifestándose posteriormente en sentido opuesto¹⁶⁰. La primera de las sentencias afirma que la confesión del marido supone una aquiescencia vinculante, que goza de un incuestionable valor para destruir la presunción muciana, al no enfrentarse con aquella otro medio probatorio sobre la falsedad de las manifestaciones del marido. La segunda insiste en la misma idea: la afirmación del marido de que el precio pagado por su esposa pertenecía a su propio peculio, enerva la presunción muciana.

La doctrina de dichas sentencias es clara en cuanto a las conclusiones que mantienen: la confesión extrajudicial enerva la presunción muciana, y, además, cabe la posibilidad de que la confesión, a su vez, se desvirtúe con otras pruebas que demuestren su falsedad.

¹⁵⁸ Véanse PARA MARTIN, "La presunción Muciana en el Derecho civil...", cit., pág. 52; PINTO RUIZ, "Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho civil de cataluña", cit., pág. 84; PUIG SALELLAS, "Notas sobre la autonomía patrimonial de la mujer casada en la Compilación catalana, cit., pág. 178; DELGADO ECHEVERRIA, *El régimen matrimonial de separación de bienes...*, cit., págs. 259-260. En contra, VIRGILI SORRIBES, "La presunción muciana y una práctica notarial", en *La Notaría*, 1946, págs. 397 y 400.

¹⁵⁹ 13 de mayo de 1965 y 8 de marzo de 1968.

¹⁶⁰ 24 de octubre de 1970.

La eficacia de la confesión se produce por su carácter de medio de prueba que le concede el art. 1231 C.C. Además, se dan las condiciones exigidas en dicho precepto: recae sobre hechos personales del confesante; el marido, por el hecho de serlo, aunque fuese menor estaría emancipado (art. 314, 2 C.C.) y con ello tendría capacidad legal para prestar la confesión.

La eficacia de la confesión viene dada por el art. 1232 C.C., precepto de eficacia y que se refiere a la confesión sustantiva, sin distinguir su aspecto formal judicial o extrajudicial. Por su parte el art. 1239 C.C. indica que la confesión extrajudicial se considera un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas para la prueba. Y por ello los Tribunales deben pronunciarse sobre si existió o no el hecho de la confesión, y, admitida su realidad, se dará la eficacia que dispone para ambas clases de confesión el art. 1232 C.C., pues dicho precepto no distingue ni especifica, cuando otros preceptos de la sección, relativos a la confesión en general, se refieren específicamente a la judicial (arts. 1235, 1236, 1237 y 1238) o a la extrajudicial (1239). Por ello parece que cuando el legislador no especifica, se refiere a ambas clases de confesión. Así pues, si la confesión extrajudicial es apreciada por el juez (art. 1239), produce prueba contra su autor (art. 1232) y el juez deberá apreciarla.

Cierto es que la confesión extrajudicial del marido no vincula al juez, que puede o no dar valor a este medio de prueba al igual que en cualquier otro caso en que existan medios de prueba de libre apreciación, pero no puede negársele el carácter de medio de prueba apto para enervar la presunción muciana.

Otra cosa es que la confesión del marido (quebrado) sea o no verdadera, es decir, que la voluntad declarada coincida con la interna, y ante ello parece que debe partirse de la veracidad de la misma¹⁶¹.

¹⁶¹ Véase PARA MARTIN, *Presunción Muciana y nulidad de donaciones...*, cit., pág. 155.

3.2.- Presunciones

En relación con la prueba en contrario, bien del hecho base, bien del hecho presunto, se ha dicho que podrán ser utilizados todos los medios de prueba, e incluso podrá formarse la convicción del juzgador sobre la irrealidad de la afirmación base o de la afirmación que sería presumida mediante el empleo de presunciones, bien legales, bien judiciales¹⁶².

Sobre esta base, pues, cabe afirmar que puede llegarse a la inexistencia del hecho presunto, con la correspondiente inaplicabilidad de la presunción muciana, a través de otras presunciones¹⁶³.

3.2.1.- Presunciones legales

Desde el momento en que dos presunciones legales diferentes son susceptibles de ser aplicadas a una misma situación jurídica, existe un conflicto entre presunciones legales¹⁶⁴. La solución de este dilema nos la ofrece la doctrina germánica: si los supuestos de dos presunciones de las cuales una excluye a la otra se dan juntos, hay que averiguar, mediante el examen del contexto de los dos artículos en cuestión, cuál de ellos constituye la regla especial y cuál representa el principio general, y dar preferencia al primero¹⁶⁵.

Partiendo de este criterio, habrá, pues que examinar el hecho base de las

¹⁶² SERRA DOMINGUEZ, *Normas de presunción...*, cit., pág. 156.

¹⁶³ El tratamiento de las presunciones legales en el epigrafiado relativo a los medios de prueba que pueden enervar la presunción muciana obedece a razones sistemáticas, pues el que una presunción legal establezca un hecho presunto distinto del de la muciana, partiendo de un mismo hecho base, es un supuesto de conflicto de normas. No se trata de que, resolviéndose el conflicto en contra de la muciana, una presunción legal pruebe lo contrario de aquélla, sino de que una presunción excluye a otra. Por tanto, aun siendo el resultado final prácticamente idéntico, no sería correcto afirmar que una presunción legal de las que vamos a ver enerva la presunción muciana.

¹⁶⁴ DECOTTIGNIES, *Les présomptions en Droit privé*, Paris, 1950, pág. 235.

¹⁶⁵ HEDEMANN, *Las presunciones...*, cit., pág. 344.

presunciones en conflicto y ver cuál es el más específico.

Veamos los casos en que puede plantearse una posible colisión entre la presunción muciana y otra presunción legal.

3.2.1.1.- El artículo 38 de la Ley Hipotecaria

El Registro de la Propiedad inscribe títulos, aunque publica derechos. Y si una inscripción publica la condición de propietaria de una finca de una persona casada, es porque en la inscripción misma consta el título adquisitivo, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1-1 y 2-2 de la Ley Hipotecaria.

Por ello el art. 38 LH¹⁶⁶, nos conduce a la presunción de existencia del derecho de propiedad del cónyuge titular registral, y también a la presunción de validez del título¹⁶⁷.

¿Puede la titularidad registral de la propiedad de una finca por el cónyuge *in bonis* desvirtuar la presunción muciana? En el ámbito de la primera interpretación –título adquisitivo– es evidente que sí. La presunción de donación del quebrado es destruida por la constancia registral de un título adquisitivo distinto al de donación. En el marco de la segunda interpretación –procedencia de los medios– es evidente, por el contrario, que no. La inscripción, aunque el título adquisitivo sea el de compraventa, no recoge el título adquisitivo del precio.

A la vista de estos datos queda claro que no hay colisión de presunciones. Dado que para enervar la presunción hay que acreditar el título, con independencia de su validez, el art. 38 L.H. es inútil a estos efectos, pues aunque la inscripción registral puede suponer la prueba documental de la existencia de un título, no es un supuesto

¹⁶⁶ "A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos".

¹⁶⁷ Así lo entienden, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I, Barcelona, 1968, pág. 383 y DIEZ PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pág. 358.

en que una presunción legal colisione con la presunción muciana imponiendo un hecho presunto, dejando sin efecto el de dicha norma.

3.2.1.2.- La presunción de posesión con justo título del art. 448 del Código civil

El art. 448 sienta a favor del poseedor en concepto de dueño una presunción de dominio o de titularidad real, enraizada con el acto adquisitivo. Esto supone que el poseedor, al amparo de dicha presunción puede ejercitar las acciones y excepciones que se deriven de dicha titularidad presunta¹⁶⁸.

Por aplicación del art. 448 C.C., resulta que lo que el cónyuge *in bonis* posea en concepto de dueño, se presume adquirido en virtud de título válido y eficaz. Y si la adquisición se ha producido en los plazos previstos, el art. 1442 C.C. presume que ese título es precisamente el de donación del quebrado.

Suprimida la nulidad de las donaciones entre cónyuges, ya no se produce un colisión entre la presunción del art. 448 C.C. y la presunción muciana, que existiendo se resuelve en favor de la presunción muciana¹⁶⁹, pero su invocación agrava la presunción del art. 1442 pues se refuerza la presunción de donación: si el cónyuge del quebrado posee en concepto de dueño, según el art. 448 es propietario, en virtud de título válido y eficaz, y si la posesión ha sido adquirida en los plazos marcados, ese título válido y eficaz es precisamente el de donación del quebrado.

3.2.2.- Presunciones judiciales

A la vista del art. 1253 C.C.¹⁷⁰ es incuestionable que la presunción muciana puede ser enervada por medio de una *praesumptio hominis*. Para ello será necesario

¹⁶⁸ VALLET DE GOYTISOLO, "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública", en *Estudios sobre Derecho de cosas*, cit., pág. 341.

¹⁶⁹ Para el Derecho catalán anterior a la reforma, véase PARA MARTIN, *Presunción muciana y nulidad de donaciones...*, cit., pág. 166.

¹⁷⁰ "Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano".

que entre unos hechos probados y la inexistencia de donación del quebrado a su consorte exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. De darse, existirá una presunción judicial de inexistencia de la donación, y por ello prueba en contra del hecho presunto de la presunción muciana¹⁷¹.

La destrucción de una presunción legal por otra judicial es algo perfectamente lógico pues ambas se basan en un juicio de probabilidades, aunque con la diferencia de que el juez contempla un supuesto concreto y el legislador emite su juicio en abstracto. Si bien en general lo más probable es que lo adquirido por el cónyuge *in bonis* provenga de donación del quebrado, si en un caso concreto, dadas sus específicas circunstancias la probabilidad desaparece, el juez podrá apreciar como más probable la inexistencia de donación, declarando probado lo contrario de lo establecido en abstracto por el legislador en el art. 1442C.C.

La presunción judicial es, por tanto, no sólo un medio de prueba apto para enervar la presunción muciana, sino que seguramente es la prueba más importante a la que puede recurrirse, evitándose, con una correcta aplicación del art. 1253 C.C., la mayoría de los supuestos de injusticia que pudieran derivarse del art. 1442.

4.- Destrucción del objeto

En caso de destrucción del objeto ¿queda el cónyuge *in bonis* liberado de la presunción?

En la primera interpretación, título adquisitivo, con independencia de si ha sido por culpa, caso fortuito o fuerza mayor, dado que la presunción se configura como una carga y no supone un traslado de la titularidad del bien, la destrucción implica la liberación por inexistencia de objeto sobre el que pueda recaer la presunción.

En la segunda interpretación, los medios proceden del quebrado, dado que sí hay un traslado de titularidad por vía de subrogación, la destrucción no implica

¹⁷¹ En este sentido, HEDEMANN, *Las presunciones...*, cit., pág. 325, y SERRA DOMINGUEZ, *Normas de presunción...*, cit., pág. 159.

liberación, respondiendo el cónyuge del quebrado por el valor de la mitad del objeto destruido¹⁷².

Otra cosa sería una posible acción por daños y perjuicios, sobre la base de los arts. 1902 y siguientes del Código civil.

VI.- PROTECCION DE TERCEROS DE BUENA FE

El artículo 1442 C.C. no contiene ninguna referencia a la posible enajenación de los bienes por el cónyuge *in bonis*. Ciertamente es que en el Derecho comparado, con la sola excepción del párrafo 2º del artículo 70 de la Legge Fallimentare¹⁷³, no hay ninguna manifestación legal al respecto. Sin embargo, la falta de tal mención no es causa suficiente para desconocer el tema, ni tampoco para permitir que el cónyuge *in bonis* pueda burlar la presunción muciana recurriendo a la enajenación de los bienes.

La presunción muciana sólo perjudica al cónyuge del quebrado y, eventualmente, a sus herederos. Ello implica que la presunción no puede hacerse valer contra nadie más, de forma que en ningún caso podrá ser utilizada frente a los subadquirentes.

Dado que el juego presuntivo del art. 1442 C.C. debe realizarse en el marco de las revocatorias concursales, sea cuál sea la interpretación en materia de efectos por la que se opte, y siempre que el subadquirente proceda de buena fe, son reproducibles las consideraciones relativas a los efectos de dichas acciones, y concretamente a las relaciones entre la masa y los subadquirentes.

El art. 1124 C.C. dispone que la acción resolutoria se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los arts. 1295 y 1298 C.C. y 37 de la Ley Hipotecaria. Según el art. 1295 C.C. no procede la rescisión cuando las cosas

¹⁷² En los casos del art. 23 de la Compilación catalana y del art. 264 ALC la responsabilidad alcanzará a la totalidad del bien.

¹⁷³ "Si los bienes fuesen enajenados o hipotecados en ese intervalo, no podrá ejercerse la acción revocatoria contra el tercero adquirente si éste demuestra su buena fe".

objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe, pues en ese caso, puede reclamarse la indemnización del perjuicio al causante de la lesión. El art. 1298 C.C. establece que el que hubiera adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores deberá indemnizar a éstos los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuese imposible devolverlas. Y según el art. 37 L.H. las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra el tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a la propia Ley, exceptuándose las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro, y las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores que perjudicarán a tercero: cuando haya adquirido a título gratuito, y cuando habiendo adquirido a título oneroso haya sido cómplice en el fraude.

Sobre esta base, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁷⁴, se sientan las siguientes reglas¹⁷⁵: 1ª) Las acciones revocatorias afectan a los subadquirentes, en los mismos términos que a los adquirentes, si hubiesen adquirido a título gratuito, o cuando hayan obrado de mala fe aunque sea a título oneroso. 2ª) En todos los restantes casos los subadquirentes quedan sustraídos a los efectos de la revocación, sin perjuicio de la obligación de indemnizar correspondientes al causante de la lesión. 3ª) Cuando la revocación afecta al subadquirente queda expedito su derecho contra quien le hizo la transmisión.

VII.- TRATAMIENTO PROCESAL

Como es sabido, las presunciones *iuris tantum* y las *hominis* son las únicas que han de tener un tratamiento procesal específico, dado que el indicio no coincide en ningún caso con el hecho relevante recogido por el legislador como supuesto de hecho de la norma. En las legales relativas la norma regulando la presunción es complementaria de la norma material que define el supuesto de hecho genuino, sin que

¹⁷⁴ Sentencias de 25 de octubre de 1895, 28 de noviembre de 1899, 26 de junio de 1901, 17 de febrero de 1909, 14 de junio de 1911 y 25 de enero de 1913.

¹⁷⁵ RAMIREZ LOPEZ, *Derecho concursal español...*, II, cit., págs. 339-340.

éste desaparezca; en las judiciales el legislador no realiza operación alguna sobre probabilidad e ignora la posible existencia del indicio, que ha de ser apreciado directamente por el juez.

Dado que la presunción muciana es una presunción *iuris tantum*, su tratamiento procesal será el general de estas presunciones¹⁷⁶. Dicho tratamiento ha de realizarse atendiendo a las limitaciones que constriñen la actividad del juzgador en la formulación de los juicios de probabilidad.

Cualquiera de las partes en el proceso puede invocar una presunción y alegar formalmente el indicio y el hecho presunto; normalmente, la alegación se realizará por la parte a quien favorezca la norma legal de presunción (en nuestro caso, los síndicos). Siendo así, el juez podrá aplicar la norma correspondiente sin ninguna limitación.

Pero puede ocurrir que las partes no aleguen formalmente en los escritos de alegación el indicio o hecho presunto, y entonces hace falta saber hasta qué punto el principio dispositivo de las partes puede limitar la libre actuación del juez.

El hecho presunto es el verdaderamente relevante, y en virtud del principio dispositivo, si no ha precedido invocación formal por los litigantes, el juez no puede introducir de oficio en el proceso ni aplicar al mismo la norma material correspondiente pues, pasar del indicio al hecho presunto no alegado, sería tanto como plantear una cuestión jurídica no discutida por las partes, lo que llevaría a que la sentencia incurriera en el vicio de incongruencia.

Si el hecho presunto ha sido invocado expresamente por alguna de las partes, afirmando o negando su existencia y pidiendo o rechazando la aplicación de la norma jurídica correspondiente, el juez, en el momento de fallar, no puede prescindir de la existencia del indicio para verificar su juicio sobre probabilidad; pero acreditado el indicio, es irrelevante quién lo haya introducido y en qué momento se haya verificado su introducción en el proceso.

¹⁷⁶ Véase CARRERAS LLANSANA, "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", cit., págs. 547 y ss.

Puede ocurrir que el indicio resulte de la prueba practicada a propuesta de cualquiera de las partes, que sea notorio y como tal exento de prueba, o que haya llegado al proceso como consecuencia de una diligencia para mejor proveer. En cualquier caso, como el indicio no es relevante para la decisión, y su utilización no supone el planteamiento de una cuestión nueva en el juicio sobre el fondo, el juez puede realizar la operación pesuntiva o aplicar la norma legal de presunción y fijar formalmente el hecho presunto improbad.

10/11/2020

CONCLUSIONES

- I.- El estado evolutivo del Derecho patrimonial de la familia español es similar al de los países de nuestro entorno jurídico, habiéndose llevado hasta sus últimas consecuencias el principio constitucional de la igualdad del varón y la mujer.
- II.- La descoordinación entre los Códigos civil y de comercio resultante de la reforma de 1975-1981 genera problemas prácticos, en ocasiones insolubles.
- III.- Las normas contenidas en los arts. 1315 a 1324 del Código civil, agrupadas bajo la rúbrica "Disposiciones generales" del régimen económico matrimonial, consituyen un verdadero "régimen matrimonial primario", aunque no todas sus disposiciones deben caracterizarse como tales.
- IV.- La loable instauración del principio de la libre mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales encierra en sí un factor de riesgo para los terceros que contraten con los cónyuges, dada la insuficiencia del régimen de publicidad que se recoge en los Códigos civil y mercantil, si bien éste último resulta un poco más preciso al exigir la manifestación expresa del régimen concreto que gobierna el matrimonio de un comerciante casado.
- V.- No obstante su colocación sistemática, es descartable que el principio de libre contratación entre cónyuges sea una norma de régimen primario del matrimonio.
- VI.- La renuncia de consuno de los esposos a contratar entre sí durante la vigencia del régimen matrimonial adoptado no contraviene los límites que el art. 1328 C.C. impone a la libertad de pactos capitulares.
- VII.- La conceptualización que hace el Código civil de la empresa, en cuanto que instrumento necesario para el ejercicio de la profesión del comerciante, como parte integrante o pertenencia de un establecimiento o explotación, da lugar a

un trastrueque conceptual inadmisible.

- VIII.-** La responsabilidad que recae sobre los bienes gananciales y privativos por las deudas contraídas durante la vigencia del régimen viene determinada por la actuación de los cónyuges en orden a la administración y disposición de los bienes gananciales, siendo incorrecta, por tanto, la anteposición de las reglas de responsabilidad que se efectúa en el Código civil.
- IX.-** Aun cuando la ley de 13 de mayo de 1981 ha establecido un sistema notablemente distinto no sólo respecto de las normas civiles que deroga, sino también de las mercantiles, las normas de los arts. 6 y ss. del Código de comercio se deben reputar vigentes.
- X.-** La concentración de la gestión de los bienes de la comunidad en manos de un cónyuge que es comerciante impide, en atención a la protección de los intereses del cónyuge tutelado, que el cónyuge comerciante tutor o quien, en su caso, ejerza tal cargo, puedan prestar los consentimientos a que se refieren los arts. 6 y ss. del Código de comercio.
- XI.-** La regla de la cogestión que instaura la ley de 13 de mayo de 1981 es inaplicable en el supuesto de que uno de los cónyuges sea comerciante y la empresa sea ganancial.
- XII.-** No existen obstáculos a que el cónyuge comerciante ejercite, en el marco de su actividad empresarial, las facultades individuales de actuación previstas en los arts. 1381 y ss. del Código civil.
- XIII.-** Las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica, durante la vigencia de un régimen no comunitario, no pueden adquirir nunca el carácter de consorciales por efecto de la sustitución del régimen disociativo por el de gananciales.
- XIV.-** El hecho de que se entienda vigente la normativa del Código de comercio relativa a la responsabilidad por las deudas contraídas por un cónyuge casado

en régimen de gananciales, no excluye la aplicabilidad al mismo de las normativa civil reguladora del pasivo definitivo.

XV.- Dado que el art. 1365 C.C., precepto que, cuando uno de los cónyuges es comerciante, remite a la normativa específica del Código de comercio regula única y exclusivamente el tema de afectación de los bienes gananciales, parece que las deudas contraídas en el ejercicio del comercio debieran tener carácter común.

XVI.- El art. 88-3 del vigente Reglamento del Registro Mercantil viene a resolver expresamente la situación de inseguridad en que se podría encontrar el cónyuge del comerciante ante la no inscripción de su consorte en el Registro Mercantil, al tiempo que subsana la omisión que del art. 8 del Código de comercio hace el art. 11 del mismo cuerpo legal.

XVII.- Los acreedores *ex commercio* no pueden recurrir en ningún caso a la vía de ejecución subsidiaria del art. 1373 del Código civil.

XVIII.- La afectación directa de los resultados del comercio a las deudas contraídas en el ejercicio del mismo impide la aplicación del art. 1373 del Código civil.

XIX.- La responsabilidad ilimitada del cónyuge no deudor, dimanante de la falta de inventario debidamente realizado, tiene como excepción la limitación de responsabilidad que se previene en el art. 6 del Código de comercio.

XX.- La adjudicación de bienes gananciales, una vez verificada la división, puede ocasionar una extensión de la responsabilidad por las deudas contraídas en el ejercicio del comercio en perjuicio del cónyuge no comerciante.

XXI.- La aplicación del art. 1442 del Código civil no es excluyente de la opción que el art. 1393-1º concede al cónyuge del declarado en quiebra para pedir la disolución del régimen matrimonial.

XXII.- El nuevo art. 95-3 del reglamento Hipotecario encierra en sí el peligro de que

el cónyuge del quebrado enajene su patrimonio privativo, provocando efectos negativos sobre los acreedores del quebrado.

XXIII.— La intervención de los síndicos en la liquidación del régimen matrimonial produce el efecto, indeseable, de que los acreedores del quebrado concurren a dichas operaciones de liquidación.

XXIV.— Aun a pesar del carácter de garantía que tiene la opción ofrecida al cónyuge del quebrado para pedir la disolución del régimen, ésta puede serle perjudicial.

XXV.— El ejercicio de las facultades individuales de actuación de los arts. 1381 y ss. del Código civil interfiere negativamente en la revocación concursal de los pagos anticipados que hubiera podido efectuar el quebrado.

XXVI.— No obstante la supresión del régimen dotal por la ley de 13 de mayo de 1981, nada impide que los cónyuges confieran a una liberalidad individualizada el carácter de dotal, con lo que los arts. 880-3 y 881-2ª y 3ª del Código de comercio no quedan vacíos de contenido.

XXVII.— El derecho de separación de los bienes de un cónyuge de la masa de la quiebra del otro se ejerce contra la masa y no contra el cónyuge quebrado.

XXVIII.— Los nuevos artículos 22-1 del Código de comercio y 90 y 92 del Reglamento del Registro Mercantil determinan que no es necesaria la inscripción de los bienes de los cónyuges en el Registro Mercantil a la hora de ejercer el derecho de separación que confiere el párrafo 2º del art. 909 del Código de comercio.

XXIX.— El art. 1442 del Código civil introduce por vez primera en nuestro Derecho común la denominada presunción muciana concursal, aunque con matices que la diferencian del resto de los Ordenamientos en que ha estado o está vigente.

XXX.— La presunción *iuris tantum* del art. 1442 del Código civil se insinúa como concursal, pero se articula como una presunción de gratuidad, carente del

automatismo reintegrador necesario.

XXXI.- La presunción muciana sólo se aplica a las adquisiciones realizadas durante el matrimonio, siempre y cuando el régimen matrimonial vigente sea el de separación de bienes o el de participación en las ganancias.

XXXII.- La presunción muciana es inaplicable cuando los dos cónyuges son comerciantes y, bien sucesiva, bien simultáneamente, quiebran.

XXXIII.- La aplicación del principio de subrogación real determina la inaplicabilidad de la presunción muciana en el caso de que en la adquisición se hayan utilizado bienes del quebrado.

XXXIV.- La falta de automatismo reintegrador de que adolece el art. 1442 determina una superposición de los precepto del Código de comercio que puede conducir a un enriquecimiento injusto de la masa.

XXXV.- Cuado el tercero contratante con el cónyuge *in bonis* es el propio quebrado, la adquisición debe quedar sometida al art. 878, párr. 2º del Código de comercio o al art. 882 del mismo cuerpo legal.

XXXVI.- El impago del precio de la adquisición determina la inaplicabilidad de la presunción muciana.

XXXVII.- La determinación del plazo, en el que juega la presunción muciana, por referencia al periodo de retroacción puede servir por sí mismo para enervar la eficacia de la presunción.

XXXVIII.- La presunción de la sola donación de la mitad del bien ofrece exiguas ventajas a los acreedores del quebrado.

XXXIX.- El enlace de la presunción muciana con el expediente de retroacción absoluta sólo es predicable de los supuestos concretos en que se retrotraiga la quiebra y no como norma general.

XL.- La sola titularidad de los bienes adquiridos no basta para enervar la presunción muciana, pero la forma más corriente de neutralización de la presunción no deja de ser la presentación de un título de adquisición distinto al de donación del quebrado.

XLI.- La presunción muciana se enerva con la prueba del carácter privativo de los bienes empleados por el adquirente.

XLII.- La eficacia de la presunción muciana puede enervarse mediante el juego de otras presunciones.

XLIII.- Si se ha producido un traslado de titularidad por vía de subrogación, la destrucción del objeto no libera al cónyuge adquirente de la aplicabilidad de la presunción.

XLIV.- La presunción muciana perjudica única y exclusivamente al cónyuge del quebrado y, eventualmente, a sus herederos.

BIBLIOGRAFIA

- ABADESSA, "Communione legale e costituzione di società fra coniugi", en *Il Dir. fall.*, 1978, I, págs. 368 y ss.
- ABELLO MARGALEF, "Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales", en *RDP*, 1982, págs. 802 y ss.
- AGUILERA DE LA CIERVA, *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Madrid, 1973.
- AIROLDI, "Conseguenze del nuovo diritto di famiglia sulla garanzia patrimoniale e sui contratti bancari" en *BBTC*, 1975, I, págs. 480 y ss.
- ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil. III. Derecho de bienes*, vol. 1ª, Barcelona, 1974.
- , *Curso de Derecho civil. IV. Derecho de familia*, Barcelona, 1989.
- ALEJANDRE GARCIA, *La quiebra en el Derecho histórico español anterior a la Codificación*, Sevilla, 1970.
- ALVAREZ-SALA WALTER, "Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica y márgenes a la libertad de estipulación capitular", en *RDN*, 1981, págs. 7 y ss.
- AMOROS GUARDIOLA, "De las capitulaciones matrimoniales", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, págs. 1515 y ss.
- , "Comentario al art. 1322", en *Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975*, II, Madrid, 1977, págs. 1100 y ss.
- ANDRINI, "L'impresa familiare" en *Azienda coniugale e impresa familiare*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, de GALGANO, Padova, 1989, págs. 60 y ss.
- APICE, *Tutela dei creditori e terzi nelle procedure concorsuali*, Padova, 1989.
- AUBRY & RAU, *Droit civil français*, T. III, par G. RAU et FACILMAIGNE, Paris, 1900.
- , *Droit civil français*, T. VII, par ESMEIN, Paris, 1962.
- , *Droit civil français*, T. VIII, par ESMEIN, Paris, 1949, et par PONSARD, Paris, 1973.

- AULETTA, "Impresa ed azienda coniugale", en *BBTC*, 1984, I, págs. 433 y ss.
 -----, *La revocatoria civile e fallimentare*, Milano, 1939.
- AVILA ALVAREZ, "El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil", en *RCDI*, 1981, págs. 1373 y ss.
- AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, I, Torino, 1953, 1961.
- BALDO, *Consiliorum, sive responsorum Baldo Ubaldi Perugini iurisconsulti clarissimi omnium concessu doctissime pariter et acutissimi*, Vol. V, Francof. ad Moen, MDLXXXIX.
- BALDO DEL CASTAÑO, *Régimen jurídico de las ventas a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Madrid, 1974.
- BALLESTER GINER, *Régimen de participación, (Ensayo)*, Valencia, 1980.
 -----, "El régimen de participación en el Derecho español", en *RCDI*, 1983, págs. 1375 y ss.
- BARBIERA, "La comunione legale", en *Trattato de diritto privato*, III-2, de RESCIGNO, Torino, 1982, págs. 399 y ss.
- BARTALENA, "Inapplicabilità della presunzione muciana agli acquisti in regime di comunione legale" en *Giur. comm.*, 1984, II, págs. 122 y ss.
- BEAUS CODES, "Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles", en *AAMN*, XXVI, págs. 235 y ss.
- BEDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes, ou commentaire de la loi du 28 mai 1838*, I y II, Paris-Aix, 1844.
- BEITZKE, *Familienrecht. Ein Studienbuch*. München-Berlin, 1955.
 -----, "La loi allemande sur l'égalité de l'homme et la femme" en *RIDC*, 1958, págs. 39 y ss.
- BELTRAN, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986.
 -----, "El nuevo Derecho concursal francés (La Ley de 25 de enero de 1985 relativa al 'redressement' y la liquidación judicial de la empresa)", en *La Ley*, nº 1204, de 25-V-1985, págs. 1 y ss.
- BERCOVITZ, *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1971.
 -----, "Las ventas a plazos de bienes muebles (Ley de 17 de julio de 1965)", en *ADC*, 1966, págs. 117 y ss.
- BERNSTORFF, "République Fédérale d'Allemagne" en *Le régime matrimonial legal*

- dans les législations contemporaines*, PATARIN et ZATJAY (ed.), Paris, 1974, págs. 74 y ss.
- BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 1981.
- BIANCHI, *Del contratto di matrimonio*, en *Il diritto civile italiano*, Napoli, 1907.
- BILBAO ARISTEGUI, "Actuación de los principios de legitimación y fe pública registral en su relación con los actos de disposición otorgados por el futuro quebrado durante el periodo de retroacción de la quiebra", en *RCDI*, 1972, págs. 1299 y ss.
- BIONDI, *I beni*, Torino, 1953.
- BISBAL MENDEZ, "Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio", en *RJC*, 1982, págs. 349 y ss.
- BLANQUER UBEROS, "La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones", en *AMN*, XXV, págs. 43 y ss.
- , "Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge", en *RDN*, 1981, págs. 7 y ss.
- BOEHMER, *Einführung in das bürgerliche Recht*, Tübingen, 1954.
- BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, *Konkursordnung*, München-Berlin, 1964.
- BOLAFFIO, "La moglie commerciante dopo la legge 17 luglio 1919, N. 1176", en *Riv. dir. comm.*, 1919, I, págs. 1 y ss.
- BONELLI, "I diritti della moglie nel fallimento del marito", en *Riv. dir. comm.*, 1924, I, págs. 493 y ss.
- , *Del fallimento*, I y II, Milano, 1923.
- , "La natura giuridica della comunione legale dei beni" en *Riv. dir. comm.*, 1920, I, págs. 422 y ss.
- , "Strascichi della soppressa autorizzazione maritale", en *Riv. dir. comm.*, 1921, I, págs. 63 y ss.
- BONILLA ENCINA, "El artículo 144 del reglamento Hipotecario y la Dirección General de los Registros", en *RCDI*, 1990, págs. 39 y ss.
- BONNECASE, "La réforme du régime de la communauté légale et les enseignements de la pratique", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1911, págs. 317 y ss.
- BONSIGNORI, *Il fallimento*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, de GALGANO, Padova, 1986.
- BORGIOI, "Inconstitucionalità della presunzione muciana" en *Giur. comm.*, 1978, II, págs. 952 y ss.

- , "Presunzione muciana, evoluzione sociale e costituzione", en *Riv. dir. civ.*, 1978, II, págs. 567 y ss.
- BORRAS RODRIGUEZ, "Proyecto de Convenio sobre quiebras, convenios de quiebra y procedimientos análogos", en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo dirigido por GARCÍA DE ENTERRÍA y otros*, III, Madrid, 1986, págs. 827 y ss.
- BOSCH, "Bemerkungen zum 'Gleichberechtigungsgesetz'", en *FamRZ*, 1957, págs. 194 y ss.
- , "Ehe und Familie in der Rechtsordnung—insbesondere ein Beitrag zum Thema 'Gesetz und Richter'", en *FamRZ*, 1966, págs. 57 y ss.
- , "Le régime légal de la participation aux acquêts", en *Travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, 1966, págs. 277 y ss.
- BOULAY-PATY, *Des faillites et banqueroutes*, I, Paris, 1828.
- BROSETA PONT, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1990.
- , "La Presunción muciana y el derecho de quiebras: En torno a las repercusiones de la quiebra del marido sobre los bienes privativos de la mujer", en *RDM*, 1960, págs. 299 y ss. y *RDM*, 1961, págs. 77 y ss.
- BROX, "Die Folgen der Nichtigkeit des Art. 45 KO", en *FamRZ*, 1968, págs. 406 y ss.
- BRUNETTI, *Diritto concorsuale. Lezioni*, Padova, 1944.
- , *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932.
- BUSNELLI, "Impresa familiare e azienda gestita da entrambi i coniugi", en *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1976, II, págs. 1396 y ss.
- CABALLERO GEA, *Régimen económico matrimonial en los Tribunales y Registros*, Madrid, 1991.
- CABANILLAS SANCHEZ, "Comentario a los arts. 1325 a 1336", en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES y otros, II, Madrid, 1991, págs. 602 y ss.
- , "La contratación entre cónyuges", en *ADC*, 1985, págs. 505 y ss.
- CACHIA, "Les droits patrimoniaux à caractère personnel sous le régime de communauté", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1950, págs. 267 y ss.
- CAMARA ALVAREZ, "Actos de disposición sobre bienes gananciales. Algunas notas para su estudio", en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, II,

- Madrid, 1988, págs. 103 y ss.
- , "Contribución al estudio del art. 464 del Código Civil", en *RDN*, 1979, págs. 7 y ss.
- , "El ejercicio del comercio por persona casada bajo el régimen de la sociedad de gananciales", en *Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Madrid, 1989, págs. 267 y ss.
- , *Estudios de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1977.
- , "La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad", en *ADC*, 1986, págs. 339 y ss.
- CAMPO VILLEGAS, "En torno a la transformación del régimen de gananciales en el de separación de bienes", en *RJC*, 1977, págs. 271 y ss.
- CANDIAN, "Dell'applicabilità della presunzione muciana ai terzi aventi causa dalla moglie", en *Riv. dir. comm.*, 1919, I, pgs. 79 y ss.
- , "Esercizio del commercio in constanza di fallimento e sua disciplina giuridica", en *Riv. dir. comm.*, 1932, I, págs. 421 y ss.
- , *Il processo di fallimento. Programma di un corso*, Padova, 1924.
- CANO MARTINEZ DE VELASCO, *La renuncia a los derechos*, Barcelona, 1986.
- CANO TELLO, *La nueva regulación de la sociedad de gananciales*, Madrid, 1981.
- CARRARO, "Il nuovo diritto di famiglia", en *Riv. dir. civ.*, 1975, I, págs. 93 y ss.
- CARRERAS LLANSANA, "Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones", en *RJC*, 1962, págs. 491 y ss.
- CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral. V. Familia*, Madrid, 1983, revisado y puesto al día por GARCIA CANTERO y CASTAN VAZQUEZ, citado GARCIA CANTERO.
- CASTILLO TAMARIT, "Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales", en *RDN*, 1983, págs. 7 y ss.
- CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985. (Es reproducción facsímil de la 2ª tirada de la edición original publicada en 1971).
- CERDA GIMENO, "La situación actual de las parejas no casadas", en *BIMJ*, nº 1482, 1988, págs. 599 y ss.
- CHAPUT, *Droit du redressement et de la liquidation des entreprises*, Paris, 1986.
- CHARTIER, "Domicile conjugal et vie familiale", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1971, págs. 510 y ss.
- CIAN e CAROTTO, "Fondo patrimoniale della famiglia", en *Novissimo dig. it.*,

- Appendice, III*, Torino, págs. 825 y ss.
- CIAN e VILLANI, "La comunione dei beni tra coniugi (legale e convenzionale)", en *Riv. dir. civ.*, 1980, págs. 337 y ss.
- COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil. VI. De los regímenes matrimoniales*, trad. de la 2ª ed. francesa por DE BUEN, Madrid, 1955.
- COLOMER, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, Paris, 1982.
- COLUSSI, "Azienda coniugale e disciplina dell'impresa", en *Riv. dir. civ.*, 1976, I, págs. 609 y ss.
- , *Impresa e familia*, Milano, 1985.
- , "Impresa familiare", en *Riv. dir. civ.*, 1981, I, págs. 623 y ss.
- CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA, *Dictàmens emesos pell Consell Consultiu de la G. C.*, Barcelona, 1986.
- CONTIN, "Les règlements en nature dans les partages matrimoniaux", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1977, págs. 435 y ss.
- COQUELLE, *Des droits de la femme sur les biens communs*, Thèse, Paris, 1906.
- CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1981.
- CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato italiano*, Milano, 1974.
- , *Il regime patrimoniale della famiglia, I y II*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, de CICU-MESSINEO, Milano, 1979, 1984.
- , "La muciana: una presunzione dura a morire", en *Giur. comm.*, 1978, II, págs. 185 y ss.
- , "La presunzione muciana è ancora attuale?" en *La legge fallimentare: Bilancio e prospettive dopo 30 anni di applicazione. Atti del Congresso di Monza, 19-22 ottobre, 1972*, I, Milano, 1975.
- , *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 1965.
- CORTES DOMINGUEZ, en *Derecho procesal*, I-2, Valencia, 1988.
- COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, 2, Madrid, 1975.
- COSTI, *Lavoro e impresa del nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1976.
- COVIELLO, *Delle ipoteche*, Roma, 1936.
- CUTILLAS TORNS, "Inoponibilidad a terceros de la escritura de capitulaciones matrimoniales que afecten a bienes inmuebles", en *La Ley*, 1985 (4), págs. 1063 y ss.
- D'ANTONIO, "Separazione personale dei coniugi e mutamento del titolo" en *Riv. dir.*

- civ., 1977, I, págs. 638 y ss.
- DAVID, "Observations sur l'ingérence maritale en régime legale", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1974, págs. 1 y ss.
- DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XVIII-1,2 y 3, Madrid, 1982, 1984, 1985.
- , "La nueva sociedad de gananciales", en *RDN*, 1982, págs. 189 y ss.
- , *La reforma del Derecho de familia, en España, hoy*, I, Valladolid, 1981.
- DE MARTINI, *Il patrimonio del debitore nelle procedure concorsuali*, Milano, 1956.
- DE PAOLA e MACRI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 1978.
- DE PIRRO, "I rapporti patrimoniali fra coniugi", en *Riv. dir. civ.*, 1913, págs. 289 y ss.
- DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil, II*, trad. de la 4ª ed. italiana por SERRANO SUÑER y SANTA-CRUZ TEIJEIRO, Madrid, 1931.
- DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968.
- DEL VECCHO, "Il nuovo diritto di famiglia alla luce della legge fallimentare", en *Giur. it.*, 1977, IV, 90 y ss.
- DECOTTIGNIES, *Les présomptions en Droit privé*, Paris, 1950.
- DELGADO ECHEVERRIA, *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, 1974.
- DEPREZ, "La lesion et les contrats aléatoires", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1955, págs. 1 y ss.
- DERRIDA, "La revendication des biens personnels du conjoint au cas de faillite on d'admission au règlement judiciaire d'un époux", en *J.C.P.*, 1955, I, 1265.
- , "Suretés réelles et revendications", en *Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé*, Paris, 1976.
- DERRIDA, GODE et SORTAIS, avec la collaboration de HONORAT, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises. Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, Paris, 1991.
- DIAZ-AMBRONA BARDAJI, "La responsabilidad de los cónyuges en el ejercicio de la potestad doméstica en el sistema del art. 1319 del Código civil", en *AC*, 1988, págs. 641 y ss.
- DIEDERICHSEN, "Familienrecht", en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München-Berlin, 1988.
- DIEZ PICAZO, "De la administración de la sociedad de gananciales", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, págs. 1760 y ss.

- , "Comentario al art. 1318", en *Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975*, II, Madrid, 1977, págs. 1070 y ss.
- , "Disposiciones generales", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, págs. 1492 y ss.
- , *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I y II, Madrid, 1983.
- , *La representación en derecho privado*, Madrid, 1979.
- , "La situación jurídica del matrimonio separado", en *RDN*, 1961, págs. 7 y ss.
- DIEZ PICAZO y GULLON, *Sistema de Derecho civil, I, Introducción. derecho de la persona. Autonomía peivada. Persona jurídica*, Madrid, 1981.
- , *Sistema de Derecho civil. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, 1988.
- DÖLLE, "Allemagne", en *RIDC*, 1965, págs. 607 y ss.
- DORAL GARCIA, "El interés de la familia", en *DJ*, 1982, vol. 1º, págs. 3 y ss.
- D'ORS, *Elementos de Derecho privado romano*, Pamplona, 1977.
- DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928.
- DUQUE DOMINGUEZ, "Reflexiones fundamentales sobre el regimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma", en *ADC*, 1980, págs. 29 y ss.
- ÑURAN Y BAS, *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1883.
- ECHEVARRIA ECHEVARRIA, "La ganancialidad pasiva", en *RDN*, 1982, págs. 7 y ss.
- , "Los límites de las responsabilidad ganancial", en *Homenaje a Francisco Manrique Romero*, Madrid, 1989, págs. 149 y ss.
- , "Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias", en *RDN*, 1982, págs. 7 y ss.
- ENDRÉO et VIANDIER, *Redressement et liquidation judiciaires (L. n° 85-98 du 25 janvier 1985, commentée article par article et D. n° 85-1387 et n° 85-1388 d4 27 décembre 1985)*, Paris, 1986.
- ESPAÑA. CORTES GENERALES, *Código civil. (Reformas 1978-1983). Trabajos Parlamentarios*, I, Madrid, 1985.
- ESPAÑA. MINISTERIO DE JUSTICIA, C. G. C., *Actas de las sesiones celebradas por la sección 1ª "De Derecho Privado" (General) durante el curso 1977-78*,

Tomo 27-II.

ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Madrid, 1991.

FALZEA, "Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia", en *Riv. dir. civ.*, 1977, I, págs. 609 y ss.

FENAUX, "Le changement de régime matrimonial et les droits des tiers", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1967, págs. 545 y ss.

FERNANDEZ CABALEIRO, *El régimen económico-matrimonial legal en Europa*, Madrid, 1969.

FERRARA, *Diritto delle persone e di famiglia*, Napoli, 1941.

-----, *Il falimento*, 2ª ed., Milano, 1966.

-----, *Il fallimento*, 4ª ed., a cura di BORGIOI, Milano, 1989.

FERRI, G, "Impresa coniugale e impresa familiare", en *Riv. dir. comm.*, 1976, I, págs. 1 y ss.

FERRI, L., "La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia", en *Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma. Atti del Convegno organizzato dal Comitato Regionale dei Consigli Notarili dell'Emilia Romagna in collaborazione con l'Università degli Studi di Bologna*, Milano, 1984, págs. 41 y ss.

FINEZ RATON, *Los efectos de la declaración de quiebra en los contratos bilaterales*, Madrid, 1992.

FINOCHIARO e FINOCHIARO, *Diritto di famiglia. Commento sistematico della legge 19 maggio 1971, N. 151, I*, Milano, 1984.

FLORINI, "La presunzione muciana e il nuovo diritto di famiglia", en *Il. Dir. fall.*, 1982, I, págs. 440 y ss.

FONTANELLA, *Tractatus de pactis nuptialibus, sive capitulis matrimonialibus cum s. rot romanae decisionibus recentissimis duobus tomis comprehensus*, T. II, Génova, 1752.

FORMIGGINI, "La prova contraria alla presunzione muciana", en *Riv. dir. civ.*, 1956, I, págs. 372 y ss.

FRAGALI, *La comunione*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, de CICU-MESSINEO, Appendice di aggiornamento al tomo I, Milano, 1977.

FRASCAROLI SANTI, "Fondo patrimoniale e fallimento", en *Il Dir. fall.*, 1978, I,

págs. 475 y ss.

FREJAVILLE, "Des acquisitions et des aliénations à titre onéreux faites par la femme commune en biens sans le concours de son amari", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1943, págs. 223 y ss.

-----, "De la prohibition faite au mari de disposer entre vifs à titre gratuit des biens de la communauté sans le consentement de sa femme", en *D.*, 1945, *Chron.*, págs. 1 y ss.

FRENISY, "La preuve de la propriété et des pouvoirs dans les régimes matrimoniaux depuis la loi du 13 juillet", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1970, págs. 64 y ss.

FUNAIOLI, "Sui rapporti patrimoniali della convivenza 'more uxorio'", en *Riv. dir. comm.* 1941, II, págs. 212 y ss.

FUSARO, *Il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1990.

GABRIELLI, "Le aziende gestite da entrambi i coniugi: fondamento e limiti della comunione legale", en *Riv. dir. civ.*, 1977, II, págs. 702 y ss.

-----, "Patrimonio familiare e fondo patrimoniale", en *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982. págs. 293 y ss.

GALGANO, "Impresa familiare", en *Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma. Atti del Convegno Organizzato dal Comitato Regionale dei Consigli Notarili dell'Emilia Romagna in collaborazione con l'Università degli Studi di Bologna*, Milano, 1984, págs. 103 y ss.

GANGI, *Il matrimonio*, Milano, 1953.

GANSHOF, "L'élaboration d'un droit européen de la faillite dans le cadre de la CEE", en *CDE*, 1971, págs. 146 y ss.

-----, "Le projet de convention CEE relative à la faillite", en *CDE*, 1983, págs. 163 y ss.

GARCIA GARCIA, "El deber de actuar en interés de la familia", en *RDP*, 1984, págs. 243 y ss.

GARCIA GARRIDO, *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en el Derecho romano*, Roma-Madrid, 1958.

GARCIA GOYENA y AGUIRRE, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, II, Madrid, 1852.

GARCIA PEREZ, *Las deudas de la masa concursal en el Derecho español y comparado*, Avila, 1986.

- GARCIA URBANO "Comentario a los arts. 1405 a 1409", en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES y otros, II, Madrid, 1991, págs. 795 y ss.
- GARCIA VILLAVERDE, "El Derecho concursal comunitario", en *D. A.*, nº 202, 1984, págs. 145 y ss.
- , "El ejercicio del comercio por persona casada", en *RDM*, 1982, págs. 497 y ss.
- , "Los procedimientos concursales", en GIRON TENA y otros, *Reseña de Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea*, RDM, 1984, págs. 445 y ss.
- , "La reforma del Registro Mercantil", en *La Ley*, 19 de junio de 1990, págs. 1 y ss.
- , "El Registro Mercantil español ante el régimen de la publicidad de las sociedades en el Derecho Comunitario", en *La Ley, Comunidades Europeas*, 31 de diciembre de 1985, págs. 1 y ss.
- GARRIDO CERDA, "Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro", en *AAMN*, XXV, págs. 143 y ss.
- GARRIDO DE PALMA y otros, *La disolución de la sociedad conyugal (Estudio específico de las atribuciones preferentes de los artículos 1406 y 1407 del Código civil)*, Madrid, 1985.
- GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, I, 7ª ed. revisada con la colaboración de Alberto BERCOVITZ, Madrid, 1976, y II, 7ª ed. revisada con la colaboración de Fernando SANCHEZ CALERO, Madrid, 1979.
- , *Tratado de Derecho Mercantil*, III-1, Madrid, 1964.
- GAVIDIA SANCHEZ, *La atribución voluntaria de ganancialidad: Análisis crítico del precepto contenido en el art. 1355 del Código civil*, Madrid, 1986.
- , *La confesión de privatividad de bienes de la sociedad conyugal*, Madrid, 1987.
- GHIRARDI, "Sulla inconstituzionalità della presunzione muciana quale regolata dall'art 70 della legge fallimentare", en *Giust. civ.*, 1971, IV, 106 y ss.
- von GIERKE, *Derecho comercial y de la navegación*, I. trd. de SEMON, Buenos Aires, 1957.
- GIL RODRIGUEZ, "Comentario a los arts. 234 y 235", en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, págs. 298 y ss.
- GIMENEZ DUART, "La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (Ensayo contra el art. 1322)", en *AAMN*, XXVIII, págs. 233 y ss.

- , "Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981", en *RCDI*, 1982, págs. 117 y ss.
- , "Cargas y obligaciones del matrimonio", en *RDP*, 1982, págs. 542 y ss.
- , "La gestión de la comunidad de gananciales", en *ADC*, 1982, págs. 571 y ss.
- , "La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981", en *RDN*, 1981, págs. 73 y ss.
- , "La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias", en *ADC*, 1986, págs. 807 y ss.
- GIONFRIDA DAINO, *La posizione dei creditori nella comunione legale tra coniugi*, Padova, 1986.
- GIRON TENA, "Concepto del Derecho mercantil en Derecho español", en *ADC*, 1954, págs. 971 y ss.
- , *Derecho de Sociedades*, I, Madrid, 1976.
- , *Derecho de Sociedades Anónimas (Según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Valladolid, 1952.
- , "Los institutos concursales en el Anteproyecto de Ley Concursal: sus funciones y relaciones", en *Estudios sobre el ALC*, en *RFDUC*, nº mon. 8, 1985, págs. 133 y ss.
- GIULIANO, "Ancora sulla compatibilità della presunzione muciana col regime di comunione legale dei coniugi e sul litisconsorzio necessario del coniuge del fallito", en *Il Dir. fall.*, 1989, II, págs. 967 y ss.
- , "Luci ed ombre sulla presunzione muciana", en *Il Dir. fall.*, 1989, II, págs. 656 y ss.
- GOMEZ DE ENTERRIA GUTIERREZ, "La contratación entre cónyuges en el Código civil y en los Derechos especiales", en *RJC*, 1978, págs. 599 y ss.
- GOMEZ-FERRER SAPIÑA, "Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio en el Código civil", en *RCDI*, 1978, págs. 493 y ss.
- GOMEZ LAPLAZA, *De los bienes parafernales*, Salamanca, 1976.
- , "Supresión de la licencia marital", en *ADC*, 1977, págs. 337 y ss.
- GOMEZ MORAN, *La mujer en la Historia y en la legislación*, s.l., s.a., pero Oviedo, 1942.
- GOMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, II, Madrid, 1969.

- GOMEZ DE LA SERNA, *La Ley Hipotecaria*, I, Madrid, 1862.
- GORDILLO, "La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia", en *ADC*, 1982, págs. 1111 y ss.
- GRAZIANI, "L'impresa familiare", en *Trattato di diritto privato*, III-2, de RESCIGNO, Torino, 1982, págs. 547 y ss.
- GUASP, *Derecho procesal civil*, I y II, Madrid, 1977 y 1968.
- GUGLIELMUCCI, "Presunzione muciana e comunione dei beni fra coniugi", en *Il Dir. fall.*, 1977, I, págs. 333 y ss.
- GUILARTE GUTIERREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991.
- , "La regla de indivisión en régimen de separación de bienes (Art. 1441 C.C.) y su alteración convencional", en *RCDI*, 1984, págs. 309 y ss.
- GULLON BALLESTEROS, "Comentario al art. 1315", en *Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975*, II, Madrid, 1977, págs. 1067 y ss.
- GUYON, *Droit des affaires, II, Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire. Faillite*, Paris, 1991.
- HEDEMANN, *Las presunciones en el Derecho*, trd. por SANCHO SERAL, Madrid, 1931.
- HEENEN, "Les 'nullités de la période suspecte' dans les pays de la Communauté Économique Européenne", en *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, I, Gent, 1966, págs. 557 y ss.
- HERNANDEZ GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1983.
- , "El giro de la doctrina española en torno al art. 464 del Código civil y una posible interpretación de privación ilegal", en *RDP*, 1944, págs. 491 y ss.
- , "De nuevo sobre el art. 464 del Código civil", en *RDP*, 1945, págs. 413 y ss.
- HERRERO GARCIA, "Comentario a los arts. 1318 a 1324", en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES y otros, II, Madrid, 1991, págs. 578 y ss.
- , *Contratos onerosos entre cónyuges*, Salamanca, 1976.
- HONORAT, "Les incidences de la loi du 13 juillet 1965 sur les droits du conjoint d'un commerçant en état de faillite ou de règlement judiciaire (antérieurement au 1er janvier 1968)", en *Etudes de droit commercial à la mémoire de Henry*

- Cabrillac, Paris, 1968, págs. 281 y ss.
- HOUIN, "Faillite-Règlement judiciaire", en *Enc. Dalloz*, II, Paris, 1957.
- , "La réforme de la faillite et de la liquidation judiciaire", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1955, págs. 480 y ss.
- , "Permanence de l'entreprise à travers la faillite", en *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, II, Gent, 1965, págs. 609 y ss.
- , "Observation sur Trib. gr. inst. Avesnes, 23 et 30 mai 1967", en *Rev. tr. dr. comm.*, 1968, págs. 146 y ss.
- IBARRA FRANCO, *La retroacción absoluta de la quiebra en el Derecho español*, Zaragoza, 1960.
- IGLESIAS, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Barcelona, 1990.
- IGLESIAS BUIGUES, "Ley aplicable y efectos de la quiebra en el Mercado Común (proyecto de Convenio CEE) y en Derecho español", en *RIE*, 1977, págs. 367 y ss.
- ILLESCAS ORTIZ, "El ejercicio del comercio por persona casada tras la ley de 2 de mayo de 1975", en *Estudios de Derecho mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, págs. 283 y ss.
- , "El empresario individual. Supuestos especiales", en JIMENEZ SANCHEZ y otros, *Derecho mercantil*, Barcelona, 1990, págs. 122 y ss.
- ISAS I SOLANES, "Comentaris als articles 12, 13, 19, 20, 21, 22 i 23", en *Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya*, I, Barcelona, 1987, págs. 263 y ss.
- , *El divorcio y el derecho familiar catalán*, Barcelona, 1986.
- JAEGER, *Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen*, I, Berlin-Leipzig, 1931.
- JAEGER-LENT, *Kommentar zur Konkursordnung*, I, Berlin, 1958.
- JANNARELLI, "La presunzione muciana fra interessi dei creditori e interessi dei coniugi", en *Foro it.*, 1978, I, págs. 72 y ss.
- JAUFFRET, "Les réformes récentes du registre de commerce", en *Rev. tr. dr. comm.*, 1969, págs. 395 y ss.
- JAUERNIG, *Zwangsvollstreckungs und konkursrecht*, München, 1980.
- JEANTIN, *Droit commercial: Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en*

- difficulté*, Paris, 1988.
- JIMENEZ ESCARZAGA, "La retroacción de la quiebra según el art. 878 del C. de c.", en *RDM*, 1958, págs. 39 y ss.
- JORDANO BAREA, *Fundamento y naturaleza jurídica del matrimonio putativo*, Sevilla, 1967.
- JULIEN, *Les contrats entre époux*, Paris, 1962.
- JULLIOT DE LA MORANDIERE, "La femme mariée commerçante", en *D.* 1943, *Chron.* págs. 14 y ss.
- KASER, "Praesumptio muciana", en *Studi in onore di Pietro De Francisci*, vol. 1, Milano, 1956.
- KIPP-WOLF, *Derecho de familia, I, El matrimonio*, trd. española de la 6ª revisión alemana por PEREZ GONZALEZ y CASTAN TOBEÑAS, Barcelona, 1979.
- KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, 1891.
- , *Leitfaden des deutschen Konkursrechts*, Stuttgart, 1903.
- KUHN-UHLENBRUCK, *Konkursordnung. Kommentar*, München, 1986.
- LABRUSSE, "L'évolution du droit français de la faillite depuis le code de commerce", en *Faillites*, sous la direction de RODIERE, Paris, 1970.
- LABRUSSE-RIOU, *L'égalité des époux en droit allemand*, Paris, 1965.
- LACRUZ, "Algunos aspectos (más o menos) mercantiles de la reforma del régimen económico del matrimonio", en *RDBB*, 1982, págs. 535 y ss.
- , "Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario", en *AMN*, XXVI, págs. 333 y ss.
- , *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963.
- LACRUZ (-SANCHO), *Elementos de Derecho civil. I. Parte general*, Barcelona, 1974.
- , *Elementos de Derecho civil. IV. Derecho de familia*, 3ª ed. reimpr. actualizada por LUNA SERRANO/RIVERO HERNANDEZ/RAMS ALBESA, Barcelona, 1990.
- LACRUZ y otros, *El nuevo régimen de la familia*, II, Madrid, 1981.
- LAMBERT, "Les droits du mari en cas de faillite ou d'admission au règlement judiciaire de sa femme", en *Rev. tr. dr. com.*, 1958, págs. 709 y ss.
- LANZAS GALVACHE, "El régimen de participación", en *RCDI*, 1983, págs. 1141 y

ss.

LA ROSA, "L'impresa familiare alla luce del trattamento tributario: spunti per una ricostruzione", en *La riforma del Diritto di famiglia dieci anni dopo: Bilancio e prospettive. Atti del Convegno di Verona 14-15 giugno 1985*, Padova, 1986, págs. 237 y ss.

LASARTE ALVAREZ, "La publicidad del régimen económico del matrimonio", en *La reforma del derecho de familia. Jornadas Hispalenses*, Sevilla, 1982, págs. 137 y ss.

LAURINI, "L'esclusione parziale della comunione", en *Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma. Atti del Convegno organizzato dal Comitato Regionale dei Consigli Notarili dell'Emilia Romagna in collaborazione con l'Università degli Studi di Bologna*, Milano, 1984, págs. 165 y ss.

-----, "Esiste ancora la presunzione muciana?", en *Giur. comm.*, 1975, I, págs. 625 y ss.

LAUTERBACH, "Familienrecht", en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München-Berlin, 1957 y 1966.

LEHMANN, *Derecho de familia*, trd. de la 2ª ed. alemana por NAVAS, Madrid, 1953.

-----, *Parte General*, trd. española de la 7ª ed. alemana por NAVAS, Madrid, 1956.

LEMONTEY, "Perspectives d'unification du droit dans le projet de convention CEE relative à la faillite", en *RTDE*, 1975, págs. 172 y ss.

LEON ARCE, *Sistemas económicos-matrimoniales de tipo mixto: El régimen de participación*, Oviedo, 1984.

LETE DEL RIO y ALVAREZ CAPEROCHIPI, "Notas sobre 'mutabilidad' del régimen económico matrimonial en el Derecho común", en *RDP*, 1977, págs. 163 y ss.

LOCRÉ, *Esprit du Code de Commerce*, V, VII, Paris, 1811, 1812.

-----, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et compléments des Codes français*, XIX, Paris, 1830.

LOPEZ SANCHEZ, "La empresa mercantil y la sociedad de gananciales tras la ley de 13-5-1981", en *RJC*, 1983, págs. 585 y ss.

LYON-CAEN et RENAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, VII, VIII, Paris, 1914, 1916.

MACRI, "Scioglimento della comunione legale e suoi effetti", en *Il regime patrimoniale della famiglia a dieci anni dalla riforma. Atti del Convegno*

organizzato dal Comitato Regionale dei Consigli Notarili dell'Emilia Romagna in collaborazione con l'Università degli Studi di Bologna, Milano, 1984, págs. 47 y ss.

MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 1986.

MAGARIÑOS BLANCO, "Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores", en *RCDI*, 1982, págs. 47 y ss.

MALAGU, *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, Milano, 1986.

MALAURIE et AYNES, *Cours de droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1988.

MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, III, Madrid, 1952.

MARIN PADILLA, "Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de familia", en *RCDI*, 1978, págs. 717 y ss.

MARTINEZ-CALCERRADA, *El nuevo Derecho de familia*, I, Madrid, 1983.

MARTINEZ SANCHIZ, "Casos dudosos de bienes privativos y gananciales", en *AA MN*, XXVI, págs. 357 y ss.

MARTINEZ SARRION, "La mujer casada y la disposición de sus bienes", en *AA MN*, XVI, págs. 521 y ss., pág. 544.

MARTINEZ VAL, "Algunos aspectos sobre el régimen económico matrimonial y su incidencia mercantil", en *RGD*, 1986, págs. 2469 y ss.

MARTY et RAYNAUD, *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1986.

MASOT MIQUEL, "Comentarios a los arts. 3 y 4 de la Compilación balear", en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XXXI-1, Madrid, 1980, págs. 63 y ss.

MASSAGUER FUENTES, "La reintegración de la masa en el Derecho concursal alemán", en *RGD*, 1985, págs. 2185 y ss.

-----, *La reintegración de la masa en los procedimientos concursales*, Barcelona, 1986.

MASSE, *Du caractère juridique de la communauté entre époux*, Thèse, Paris, 1902.

MATA PALLARES, "Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada", en *AA MN*, XXV, págs. 327 y ss.

MAZEAUD-MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. IV, vol 1^o, Paris, 1977.

MAZZOCA, *Manuale di diritto fallimentare*, Napoli, 1980.

MELON INFANTE, *Código civil alemán (BGB)*, trd. directa del alemán al castellano, Barcelona, 1955.

- , "El Derecho de familia en Alemania: Orientaciones y tendencias desde la promulgación del BGB hasta la actualidad" en *ADC*, 1959, págs. 3 y ss.
- MENENDEZ-IGLESIAS-ROJO, *Derecho mercantil*, I, UNED, Madrid, 1984.
- MENESTRINA, "Dubbi sulla costituzionalità della presunzione muciana", en *Giur. comm.*, 1991, págs. 352 y ss.
- MENOCHIO, *De praesumptionibus, conjecturis, signis et indiciis, commentaria*, Genevae, MDCCXXIV.
- MENTZEL-KUHN, *Kommentar zur Konkursordnung*, Berlin-Frankfurt, 1962.
- MERINO GISPERT, "Las uniones libres y su perspectiva actual (la parejas no casadas)", en *La Ley*, 1 de marzo de 1987, págs. 1 y ss.
- MESSINEO, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1920.
- MINERVINI, "Il fallito imprenditore commerciale: regime dei beni sopravvenuti e ammissibilità de un nuovo fallimento", en *Riv. dir. comm.*, 1952, II, págs. 294 y ss.
- MIRALLES GONZALEZ, "El deber de contribución a las cargas del matrimonio. Constante matrimonio", en *RJC*, 1987, págs. 583 y ss.
- MOISSINAC, *Le contrat de mariage de séparation de biens*, Thèse, Paris, 1920.
- MONTES PENADES, "Comentario a los arts. 1435 a 1444", en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-AREZ y otros, II, 1991, págs. 863 y ss.
- , "Del régimen de separación de bienes", en *Comentarios a las reformas de Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, págs. 1914 y ss.
- MORALES MORENO, "Del régimen de participación", en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES y otros, II, Madrid, 1991, págs. 807 y ss.
- , "Del régimen de participación", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, págs. 1808 y ss.
- MORAN BOVIO, "El empresario y su actividad como objeto del Registro Mercantil", en JIMENEZ SANCHEZ y otros, *Derecho mercantil*, Barcelona, 1990, págs. 93 y ss.
- MORO ALMARAZ, "Notas en torno a un concepto de cargas familiares en el Código civil español", en *RDP*, 1986, págs. 1020 y ss.
- MOSCO, *Il patrimonio familiare nel nuovo codice civile italiano*, Roma, 1939.
- MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil*, XXXI, Madrid, 1961.
- MUÑOZ DE DIOS, "Régimen económico de las uniones extramatrimoniales", en *La Ley*, 30 de junio de 1987, págs. 1 y ss.

MUÑOZ GARCIA, *Las limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada: 1505-1975*, s.l., pero impr. Madrid, 1991.

NAVARRINI, *Le nuove disposizione in materia fallimentare coi lavori preparatori e colla dottrina*, Roma, 1933.

-----, *Trattato di diritto fallimentare secondo la nuova legislazione*, I y II, Bologna, 1939.

-----, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, VI, Torino, 1926.

NUÑEZ LAGOS, "Mandatario sin poder", en *RDP*, 1946, págs. 609 y ss.

OLIVA SANTOS y CUESTA RUTE, "Algunas orientaciones para la reforma del Derecho concursal", en *RDPProc.*, 1977, págs. 641 y ss.

OLIVARES JAMES, "Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo art. 1324 del Código civil", en *AAMN*, XXV, págs. 279 y ss.

OLIVENCIA RUIZ, "La inscripción del comerciante individual en el Registro Mercantil", en *RDM*, 1959, págs. 61 y ss.

-----, *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Madrid, 1963.

-----, "Significado de la reforma del Código de comercio", en *Curso de conferencias sobre la reforma de los Códigos civil y de comercio por ley 15/1975 de 2 de mayo* -(AÑO 1977), Madrid, 1978, págs. 155 y ss.

OMAR Y GELPI, "El procedimiento reivindicatorio en las quiebras", en *RDP*, 1945, págs. 89 y ss.

OPPO, "Acquisti alla comunione coniugale e pregiudizio dei creditori personali", en *Riv. dir. civ.*, 1981, I, págs. 137 y ss.

-----, "Il regime patrimoniale della famiglia", en *La riforma del Diritto di famiglia*, Padova, 1972.

-----, "Responsabilità patrimoniale e nuovo diritto di famiglia", en *Riv. dir. civ.*, 1976, I, págs. 105 y ss.

ORDUÑA MORENO, *La acción recisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1987.

PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986.

PANUCCIO, "I profili sostanziali da considerare nella prospettive di riforma della

- legge fallimentare" en *Il Dir. fall.*, 1982, I, págs. 12 y ss.
- , *L'impresa familiare*, Milano, 1976.
- PAOLI, *Del matrimonio rispetto ai beni*, Firenze, 1887.
- PARA MARTIN, "Donación entre cónyuges. Presunción muciana. Sentencia de 8 de marzo de 1968", en *RJC*, 1969, págs. 68 y ss.
- , "La presunción muciana en el Derecho civil de Cataluña", en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, 1971, págs. 46 y ss.
- , *Presunción muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges en Cataluña*, Barcelona, 1981.
- PARDESSUS, *Cours de droit commercial*, III, Paris, 1857.
- PASCUAL y GONZALEZ, "El Derecho Romano como supletorio de la Compilación del Derecho civil especial de Baleares", en *RJC*, 1960, págs. 151 y ss.
- PELAYO HORE, "La presunción muciana", en *RGLJ*, 1961, págs. 793 y ss.
- PELLEGRINO, "Impresa coniugale, impresa familiare e fallimento", en *Il Dir. fall.*, 1981, I, págs. 5 y ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, "Comentario al art. 1355", en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES y otros, II, Madrid, 1991, págs. 667 y ss.
- , "Comentario a los arts. 1362 a 1374", *ibidem*, págs. 681 y ss.
- , "Comentario a los arts. 1401 a 1404", *ibidem*, págs. 786 y ss.
- , *Derecho de familia*, Madrid, 1989.
- PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, I y II, Paris, 1935, 1937.
- PEREZ-JOFRE ESTEBAN, "El cónyuge comerciante con oposición de su consorte y la sociedad de gananciales", en *AMN*, XXVIII, págs. 193 y ss.
- PEREZ SANZ, "Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales", en *AMN*, XXVI, págs. 7 y ss.
- PICARD et BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, Paris, 1950.
- PICELLA-POTENZA, *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*, Milano, 1942.
- PINO, *Il diritto di famiglia*, Padova, 1975 y 1984.
- PINTO RUIZ, "Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho civil de Cataluña", en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, 1971,

págs. 69 y ss.

PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, *Traité pratique de droit civil français*. VIII y IX, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1957, 1960.

PLANIOL, RIPERT, NAST, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, VIII y IX, *Regímenes económicos matrimoniales*, trd. de la 1ª ed. francesa por DIAZ CRUZ, La Habana, 1945, 1946.

POISSON, "Le changement de régime matrimonial", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1969, págs. 469 y ss.

PONSARD, "Commentaire de la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux", en *D.S.*, 1966, *Com.*, págs. 111 y ss.

-----, "La présomption de communante" en *Rev. tr. dr. civ.*, 1948, págs. 387 y ss.

PORRARI, "La presunzione muciana", en *NGCC*, 1985, II, págs. 266 y ss.

PRETEL SERRANO, "Comentario a los arts. 1375 a 1380", en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES y otros, II, Madrid, 1991, págs. 708 y ss.

-----, "Comentario a los arts. 1382 y 1383", *ibidem*, págs. 733 y ss.

-----, "Comentario a los arts. 1386 a 1391", *ibidem*, págs. 746 y ss.

PROGGETTO di riforma della legge fallimentare (II). *Atti del Convegno S.I.S.C.O.*, Milano, 10 novembre 1984, Milano, 1985.

PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, I y II, Milano, 1974.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil. IV. familia*, Barcelona, 1985.

PUIG FERRIOL, "Comentario a los arts. 314 a 324", en *Comentario del Código civil*, dirigido por PAZ-ARES y otros, I, Madrid, 1991, págs. 871 y ss.

PUIG FERRIOL-ROCA TRIAS, *Instituciones de Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1987.

PUIG SALELLAS, "Notas sobre la autonomía patrimonial de la mujer casada en la Compilación catalana", en *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, Barcelona, 1971, págs. 147 y ss.

QUILEZ ESTREMER, "La libertad capitular y los arts. 1328, 1320 y otros del Código civil", en *RCDI*, 1982, págs. 361 y ss.

RAGEL SANCHEZ, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987.

RAGUSA MAGGIORE, "Fine dimezzata della presunzione muciana", en *Il Dir. fall.*,

- 1989, II, págs. 276 y ss.
- , "Presunzione muciana e riforma del diritto di famiglia", en *BBTC*, 1981, I, págs. 95 y ss.
- RAMIREZ LOPEZ, *Derecho concursal español. La Quiebra*, II, Barcelona, 1959.
- RAMOS MENDEZ, "Las acciones judiciales derivadas de la retroacción de la quiebra", en *RDProc.*, 1974, págs. 683 y ss.
- RAMS ALBESA, "La subrogación real en la sociedad de gananciales", en *RDN*, 1984, págs. 297 y ss.
- RAVAZZONI, "Lo scioglimento della comunione legale per il fallimento de uno dei coniugi", en *Il Dir. fall.*, 1979, I, págs. 64 y ss.
- REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código civil*, Madrid, 1983.
- RENAULD, "Rapport introductif", en "Les régimes matrimoniaux", *Travaux de la deuxième Journée d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, 1966, págs. 1 y ss.
- REPertoire de droit commercial et des sociétés*, sous la direction de Rodière, II, Paris, 1957.
- RIBERA PONT, "La atribución voluntaria de ganancialidad del art. 1355 del Código civil", en *RCDI*, 1983, págs. 1413 y ss.
- RICCI, "Revocatoria fallimentare del trasferimento di bene fruttifero e restituzione dei frutti", en *Giur. comm.*, 1982, I, págs. 53 y ss.
- RIPERT (dir), *Repertoire de droit commercial et des sociétés*, II, Paris, 1957.
- RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, I y II, Paris, 1959, 1960.
- RIPERT-ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, II, Paris, 1976.
- , *Traité de droit commercial*, I y II, Paris, 1989, 1990.
- RITTNER, "Handelsrecht und Zugewinnngemeinschaft. Die Bedeutung des Art. 1365 BGB im Handelsrecht", en *FamRZ*, 1961, págs. 1 y ss.
- ROBY, *Roman Private Law in the times of Cicero and of the Antonines*, Cambridge, 1902.
- ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, I y III, Barcelona, 1968, 1954.
- ROCCO, *Il fallimento: Teoria generale e origine storica*, Milano, 1962.
- RODIERE, *Droit commercial: Effets de commerce. Contrats Commerciaux. Faillites*, Paris, 1975.
- RODRIGUEZ LOPEZ, "El régimen de las aseveraciones de privatividad", en *La*

reforma del Derecho de familia. Jornadas Hispalenses, Sevilla, 1982, págs. 221-226.

RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, II, Méjico, 1957.

-----, *La separación de bienes en la quiebra*, Méjico, 1951.

ROESKAU, "Allemagne", en *Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé*, Paris, 1976, págs. 207 y ss.

ROGUIN, *Traité de droit civil comparé. Le régime matrimonial*, Paris, 1905.

ROJAS MONTES, "Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones", en *AMN*, XXVI, págs. 295 y ss.

ROJO FERNANDEZ-RIO, "Introducción al sistema de reintegración de la masa de la quiebra", en *RDM*, 1979, págs. 37 y ss.

-----, "Las opciones del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983", en *Estudios sobre el ALC*, en *RFDUC*, nº mon. 8, págs. 89 y ss.

ROSAPEPE, "Presunzione muciana e regime patrimoniale della famiglia", en *Giur. comm.*, 1982, II, págs. 507 y ss.

ROSSI, "La revoca fallimentare della ipoteche", en *Riv. dir. civ.*, 1963, I, págs. 507 y ss.

RUEDA PEREZ y RUEDA PEREZ, "Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones en la sociedad de gananciales tras la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981", en *RDP*, 1982, págs. 556 y ss.

SACCA-MOLLURA, *Impresa collettiva societaria e comunione legale tra coniugi*, Milano, 1981.

SAGRERA TIZON, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*, IV, Barcelona, 1989.

SALANITRO, *Gli acquisti del coniuge del fallito*, Milano, 1969.

-----, "La presunzione muciana tra nuovo diritto di famiglia e Progetto di riforma", en *Il Dir. fall.*, 1984, I, págs. 696 y ss.

-----, "Profili costituzionali della disciplina muciana", en *Riv. dir. comm.*, 1970, I, págs. 321 y ss.

-----, "Rapporti patrimoniali tra coniugi e fallimento", en *Giur. it.*, 1974, IV, 38 y ss.

-----, "Rapporti tra coniugi nel fallimento e presunzione muciana", en *Il Dir. fall.*, 1978, I, págs. 253 y ss.

- SALVADOR BULLON, *Las ventas a plazos según la nueva Ley*, Madrid, 1966.
- SANCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1991.
- , "Sobre el sometimiento a la quiebra de los socios colectivos", en *RDM*, 1956, págs. 7 y ss.
- SANDROCK, "Le régime matrimonial 'primaire'", en *Travaux de la deuxième Journée d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, 1966, págs. 295 y ss.
- SANDULLI, "Questioni sulla applicabilità della presunzione muciana ex art. 70 1. fall.", en *Giust. civ.*, 1957, págs. 1911 y ss.
- SANTORO-PASSARELLI, "Poteri e responsabilità patrimoniale dei coniugi per i bisogni della famiglia", en *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1982, II, págs. 1 y ss.
- , "Struttura e funzioni della presunzione detta muciana", en *Riv. dir. comm.*, 1936, I, págs. 155 y ss.
- SATTA, *Diritto fallimentare*, 2ª ed., aggiornata ed ampliata da VACCARELLA e LUISO, Padova, 1990.
- , *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1949.
- SAVATIER, *La communauté conjugale nouvelle*, Paris, 1970.
- , "De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1921, págs. 93 y ss.
- , *La séparation de biens en droit français*, Paris, 1973.
- SEGNI, "Gli atti di straordinaria amministrazione del singolo coniuge sui beni immobili della comunione", en *Riv. dir. civ.*, 1980, I, págs. 598 y ss.
- SEQUEIRA MARTIN, "Las obligaciones y los procedimientos concursales" en GIRON TENA y otros *Reseña de Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea*, *RDM*, 1981, págs. 149 y ss.
- SERLOOTEN, *Les biens réservés*, Paris, 1973.
- SERRA DOMINGUEZ, *Normas de presunción en el Código civil y Ley de arrendamientos urbanos*, Barcelona, 1963.
- SERRANO MONFORTE, *Ejercicio del comercio por mujer casada*, Madrid, 1974.
- SIMLER, "Le conflit des présomptions en régime de communauté: Contributions à l'étude du rôle de la présomption de communauté après la loi du 13 juillet 1965", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1970, págs. 478 y ss.
- SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano. Historia y sistema*, trd. por ROCES, Madrid, 1936.
- SOLI, "Presunzione muciana e riforma del diritto di famiglia", en *Giur. comm.*, 1977,

- I, págs. 596 y ss.
- SOLUS, "Mari et femme selon la loi du 22 septembre 1942", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1943, págs. 81 y ss.
- SOTILLO NAVARRO, "El principio pauliano en la retroacción", en *RGD*, 1964, págs. 551 y ss.
- SPITERI, *L'égalité des époux dans le régime matrimonial legal*, Paris, 1965.
- TEDESCHI, "Natura de la c. d. presunzione muciana", en *Riv. dir. civ.*, 1934, págs. 357 y ss.
- , *I rapporti patrimoniali dei coniugi*, en *Trattato di diritto civile italiano*, de VASSALLI, Torino, 1937.
- , *El régimen patrimonial de la familia*, trd. de SANTIS MELENDO y AYERRA REDIN, Buenos Aires, 1954.
- THALLER, *Des faillites en droit comparé*, I y II, Paris, 1887.
- , *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, Paris, 1925.
- THALLER et PERCEROU, *Traité élémentaire de droit commercial à l'exclusion du droit maritime*, Paris, 1925.
- von THUR, *Teoría general del Derecho civil alemán*, I y II, trd. de RAVA, Buenos Aires, 1946, 1947.
- TORRALBA SORIANO, "Comentario al art. 1319", en *Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975*, II, Madrid, 1977, págs. 1072 y ss.
- , "Comentario a los arts. 1344 a 1374", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, págs. 1582 y ss.
- TORRES ESCAMEZ, "Algunos problemas de las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales", en *RCDI*, 1978, págs. 963 y ss.
- TORRES GARCIA, "La administración de los bienes comunes en la sociedad de gananciales", en *RDP*, 1985, págs. 723 y ss.
- TORTORICI PASTOR, "En torno a la muciana moderna del art. 1442 del Código Civil", en *ADC*, 1990, págs. 1189 y ss.
- TRASBOT, *L'acte d'administration en droit privé français*, Thèse, Bordeaux, 1921.
- UNZNER, *Familienrecht*, en *PLANCKS' Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*,

- IV-1, Berlin-Leipzig, 1928.
- URIA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1989.
- , "Problemas y cuestiones sobre quiebra de las sociedades", en *RDM*, 1946, págs. 7 y ss.
- VALÉRY, "Les femmes commerçantes et la loi du 13 juillet relative au libre salaire de la femme mariée et a la contribution des époux aux charges du mariage", en *Annales de Droit commercial*, 1907, págs. 306 y ss.
- VALLADARES RASCON, *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio*, Madrid, 1982.
- VALLET DE GOYTISOLO, "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública", en *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1973.
- , "Observaciones a la Resolución de 11 de marzo de 1957, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951 y otras consideraciones", en *RCDI*, 1957, págs. 477 y ss.
- , "La reivindicación mobiliaria como tema fundamental del art. 464 del C.C.", en *Estudios sobre Derecho de cosas*, Madrid, 1973.
- VASELLI, *La presunzione muciana*, Padova, 1953.
- VASSEUR, "Essai sur la presence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1949, págs. 173 y ss.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Madrid, 1982.
- VERDOT, "De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes 'd'administration' et des actes de 'disposition'", en *Rev. tr. dr. civ.*, 1968, págs. 449 y ss.
- , *La notion d'acte d'administration en droit privé français*, Paris, 1963.
- VICENT CHULIA, *Compendio crítico de derecho mercantil*, I, Valencia, 1981, I-1, Barcelona, 1991, II, Barcelona, 1986.
- , "El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma", en *RJC*, 1979, págs. 669 y ss.
- VICENTE Y GELLA, *Curso de Derecho mercantil comparado*, II, Zaragoza, 1948.
- VIDARI, *Corso di Diritto commerciale*, Milano, 1886.
- , *Il nuovo Codice di Commercio compendiosamente illustrato coi motivi di esso*, Milano, 1884.

- VIRGILI SORRIBES, "La presunción muciana y una práctica notarial", en *La Notaría*, 1946.
- , "Proyección de la presunción muciana en el Derecho Común", en *AAMN*, X, págs. 280 y ss.
- , "El régimen legal de la separación de bienes en la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña", en *ADC*, 1962, págs. 33 y ss.
- VIVANTE, *Instituciones de derecho comercial*, trd. por MAZZI, Madrid, 1928.
- , *Trattato di diritto commerciale. I. I commercianti*, 5ª ed., Milano, 1934.
- VITTORIA, "L'azienda coniugale", en *Azienda coniugale e impresa familiare*, en *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, de GALGANO, Padova, 1989, págs. 3 y ss.
- WEBER, "Ziele und Wege der Insolvenzrechtsreform", en *Einhundert Jahre Konkursordnung 1877-1977*, Köln-München, 1977.
- ZACCARIA, "La pubblicità del regime patrimoniale della famiglia", en *Riv. dir. civ.*, 1985, II. págs. 353 y ss.
- ZATJAY, "Les régimes matrimoniaux du droit hongrois", en *R.I. Dr. Comp.*, 1949, págs. 274 y ss.